

# ACCIÓN PENAL, REMEDIOS CIVILES Y PROTECCIÓN DEL DERECHO AL HONOR: CADUCIDAD, INCOMPATIBILIDAD Y OPCIÓN DE LA VÍCTIMA

ALBERT LAMARCA I MARQUÈS  
Profesor Titular de Derecho Civil  
Universitat Pompeu Fabra\*

I. INTRODUCCIÓN.—II. CRÓNICA DE UNA JURISPRUDENCIA ANUNCIADA. 1. *Los tres primeros casos y la primera ratio decidendi: caducidad de la acción civil al no suspenderse por el ejercicio de la acción penal.* A) Dos votos particulares. B) Las sentencias de 31 de julio de 2000 y 22 de noviembre de 2002. 2. *La cuestión de nuevo ante el Tribunal Supremo dos años después: la incompatibilidad en el ejercicio de las acciones penales y civiles como ratio decidendi.* A) Acción civil por honor previa, penal subsiguiente fallida y vuelta a la jurisdicción civil. B) Dos acciones, penal y civil, por unos mismos hechos pero con partes diferentes. 3. *Una excepción a la doctrina de la opción, sin caducidad previa de la acción civil.* 4. *Otra vez la caducidad de la acción civil como ratio decidendi del caso.* 5. *Dos sentencias de casación con unas mismas partes y una nueva ratio decidendi: la reserva de acciones civiles en el pleito penal no permite dos juicios sobre protección del honor.* 6. *Un primer filtro de constitucionalidad: la doctrina de la caducidad de la acción no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, según el Tribunal Constitucional.* 7. *La postura de las Audiencias Provinciales y de los Juzgados.* 8. *Antecedentes jurisprudenciales de una relación conflictiva y compleja.* 9. *¿Supuestos de hecho similares ya resueltos por los tribunales, pero nuevos motivos para una nueva jurisprudencia?—III. CRÓNICA DE UNA LEGISLACIÓN ERRÁTICA. 1. Protección penal y protección civil del honor en la LO 1/1982. 2. Proceso penal, acción civil y legislación procesal penal. 3. Caducidad de acciones.—IV. ANÁLISIS ESTRATÉGICO DE LOS REMEDIOS DISPONIBLES EN PROTECCIÓN DEL DERECHO AL HONOR.*

## RESUMEN

El Tribunal Supremo ha consolidado en 2004 una nueva línea jurisprudencial que determina la incompatibilidad entre acciones penales y civiles en protección del derecho al honor, de modo que el ejercicio de una de ellas

---

\* Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación SEJ 2004-0559, financiado por el MEC, y del Grupo de Investigación en Derecho Patrimonial (2001 SGR 00277) financiado por el DURSI de la Generalitat de Catalunya.

excluye totalmente a la otra. Esta jurisprudencia se basa en la llamada doctrina o teoría de la opción en materia de acciones sobre honor, y no descansa en un fundamento legal expreso, más bien todo lo contrario. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en amparo en torno a esta cuestión, en su sentencia 77/2002, convalidando parcialmente el criterio del Tribunal Supremo. A partir de esta jurisprudencia, la realización de un detenido análisis estratégico de los remedios disponibles en protección del derecho al honor resulta de especial importancia, pues un error en su elección impediría la tutela civil de este derecho fundamental.

*PALABRAS CLAVE:* Derecho al honor, difamación, caducidad, remedios civiles, proceso penal.

#### ABSTRACT

In 2004, the Spanish Supreme Court consolidated a new doctrine, determining the incompatibility between criminal and civil claims to protect the right to honour, such that when proceedings are initiated under one action, they totally exclude the other. This doctrine is based on the so-called theory of option regarding honour-related actions and is not sustained by any express legal rule, but quite the contrary. The Constitutional Court, in his decision 77/2002 on this matter, partially has validated the Supreme Court criteria. On the basis of this jurisprudence, a detailed strategic analysis of available remedies to protect the right to honour becomes especially important, since a wrong choice would prevent civil protection of this fundamental right.

*KEY WORDS:* Right to honour, defamation, expiry, civil remedies, criminal proceedings.

### I. INTRODUCCIÓN

En materia de protección del derecho al honor, el Tribunal Supremo ha establecido un nuevo criterio jurisprudencial según el cual el ejercicio de una acción penal excluye el ejercicio posterior de una acción civil con la misma finalidad y por unos mismos hechos. Entiéndase bien, se trata exclusivamente del ejercicio de una u otra acción judicial, esto es, el recurso a uno u otro orden jurisdiccional, puesto que la acción civil está siempre implícita en la penal, lo que no impide la posibilidad de reserva de acciones civiles. Con esta jurisprudencia, el Tribunal Supremo ha desarrollado y completado la llamada «teoría de la opción» de acciones en materia de derecho al honor, que ya contaba con sólidos precedentes en un sentido inverso, y ha afirmado la consiguiente incompatibilidad absoluta entre los ordenes jurisdiccionales penales y civiles para conocer sobre el carácter difamatorio de una misma actuación. La consecuencia práctica de todo ello

es clara: la interposición por el perjudicado de una querrela criminal por calumnias o injurias excluye e impide la posterior interposición de una demanda civil en protección del derecho fundamental al honor, con independencia del resultado exitoso o fallido de la primera acción ejercitada.

Este criterio jurisprudencial se inicia con la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1998 (RJ 6800), y ha sido objeto de ocho decisiones más del mismo Tribunal, seis de las cuales en sentencias del año 2004 (1). Además, la teoría de la opción ha pasado un primer filtro de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, con la desestimación del recurso de amparo contra la primera de ellas, por sentencia 77/2002, de 8 de abril. A su vez, Audiencias Provinciales y Juzgados de Primera Instancia, a pesar de algunas vacilaciones y contradicciones iniciales, están empezando a aplicar y reproducir profusamente el mismo criterio en pleitos civiles sobre honor en que previamente se han ejercitado acciones penales por los mismos hechos.

Se da la circunstancia que la doctrina jurisprudencial de la opción entre acciones penales y civiles en protección del derecho honor, con su consiguiente incompatibilidad, no descansa en un fundamento legal expreso y afecta al núcleo mismo de la tutela al derecho fundamental al honor, al sistema de remedios previstos por el ordenamiento. La llamada tutela civil, o de derecho privado, en protección del derecho fundamental al honor reconocido en la Constitución, quiebra en la medida en que puede quedar radicalmente excluida por el fracaso de una acción penal previa, que el Código Penal pone a disposición de la víctima. La perplejidad que, a primera vista, esta jurisprudencia genera en el operador jurídico es evidente y las dudas sobre su sentido y ajuste a la legalidad igualmente obvias. Con todo, en su reiteración, el Tribunal Supremo se ha ido armando de razones para que llegue a aparecer como justificada.

En el caso convergen claramente un diseño institucional defectuoso del sistema de remedios disponibles en protección del derecho al honor, una legislación errática sobre la misma y una jurisprudencia que debe suplir las anteriores carencias con soluciones a los problemas que la legislación plantea en la práctica del derecho y no resuelve. Y todo ello sucede cuando se están a punto de cumplir veinticinco años de vigencia 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*, con más

---

(1) Como se verá en las páginas que siguen, la teoría de la opción no se ha aplicado en todas las resoluciones, ni tampoco en todas las que la invocan ha sido la *ratio decidendi* de la sentencia, como mínimo de forma exclusiva.

de dos décadas de práctica judicial civil y constitucional sobre derecho al honor (2).

## II. CRÓNICA DE UNA JURISPRUDENCIA ANUNCIADA

La tensión entre las acciones penales y civiles en protección del derecho al honor aparece en la jurisprudencia desde las primeras sentencias que aplicaron la LO 1/1982 (3). El propio nombre de ésta, calificándose a sí misma como «civil» en relación con la protección al honor, indicaba claramente que existían otras tutelas posibles, básicamente de derecho penal y constitucional. La incapacidad legal para articular un sistema de remedios coherente frente a posibles lesiones a un único derecho fundamental traía causa de un complejo entramado preconstitucional de tipos penales relativos al derecho honor, consagrado como fundamental en el art. 18.1 CE, junto con los derechos a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (4). Ante esta situación, la LO 1/1982 optó por prever un sistema de remedios civiles en tutela de estos derechos fundamentales sin incidir, ni coordinarse, con la legislación preexistente.

Este es un estado de cosas legislativo que todavía se arrastra y que en los últimos años ha recuperado vigencia con la jurisprudencia objeto de este trabajo. En un primer momento, la cuestión entre acciones penales y civiles estribaba en el destino de la primera en caso de seguirse únicamente una acción civil. En la actualidad, y muchos años después de resolverse esta primera polémica, la cuestión se da en sentido contrario, y los tribunales han debido, y querido, decidir sobre el destino de la acción civil una vez interpuesta la acción penal. Y si ello sucede es

---

(2) En el presente trabajo se hará referencia, en lo sustancial, al derecho al honor y a su protección. En la reseña de los hechos que dan lugar a los casos analizados, se parte de la información suministrada por los repertorios al uso. De ahí derivan posibles omisiones, pero también se ha optado en algunos casos por recoger solamente la información procesal relevante para las cuestiones analizadas aquí, obviando los aspectos sustantivos. Por lo que se refiere a la identidad de las partes, se reproduce también la información consignada en los repertorios, asumiendo que en las más de las ocasiones las iniciales no dan razón de la auténtica personalidad de actores y demandados. Las referencias al Tribunal Supremo son a su Sala 1ª.

(3) Así, por ejemplo, en las sentencias del Tribunal Supremo de 4.11.1986 (RJ 6206), 23.3.1987 (RJ 1716), 22.10.1987 (RJ 7309), 11.10.1988 (RJ 7408) y 11.11.1988 (RJ 8437).

(4) Para una valoración crítica del derecho penal al honor, coetánea a la aprobación de la LO 1/1982, Mercedes ALONSO ALAMO, «Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1983, pp. 127 y ss.

porque los pleitos sobre honor ocupan todavía un porcentaje significativo de los casos resueltos por los tribunales civiles, pero también por el Tribunal Constitucional (5).

1. *Los tres primeros casos y la primera ratio decidendi: caducidad de la acción civil al no suspenderse por el ejercicio de la acción penal*

La sentencia de 28 de septiembre de 1998 ha sido la primera en que el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de sentar doctrina sobre el destino de la acción civil cuando ésta es posterior a la penal. Después de centenares de casos resueltos sobre honor en aplicación de la LO 1/1982, no ha sido hasta 1998 en que el Tribunal Supremo ha querido expresamente establecer esta doctrina, puesto que ello no era necesario para resolver el caso, que lo fue con base en otra *ratio decidendi*, de modo que podría considerarse que la doctrina que nos ocupa fue establecida aquí a modo de *obiter dictum*, pero con la voluntad anunciada de reiteración en el futuro.

El caso es de aquellos que se puede considerar como un *hard case*, por todo lo que accesoriamente le acompaña, tanto las partes como los avatares procesales en que incurren, y no por el carácter especialmente ilegítimo de la intromisión, con lo que la *bad law* o mala resolución que suele corresponderles concurre en la sentencia del Tribunal Supremo. Las actuaciones que dieron lugar a la demanda constituyen un «caso Preysler» más, pero por hechos distintos y anteriores a los que dieron lugar a una sonada polémica entre los Tribunales Supremo y Constitucional en 2001 (6).

---

(5) Sobre estadística judicial en materia de honor, Pablo SALVADOR CODERCH, M.<sup>a</sup> Teresa CASTIÑEIRA PALOU, Marc-Roger LLOVERAS FERRER, Ricard ROBLES PLANAS, Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, Ana ALÓS RAMOS y Nuria CODERCH EGIDO, «Honor y libertad de expresión en 1995. Una reseña jurisprudencial», en *Derecho Privado y Constitución*, 10/1996, pp. 329 y ss.

(6) De hecho, el conocido como «caso Preysler» ya estaba cerrado en los tribunales españoles cuando se produjo la última resolución del caso que nos ocupa, por la STC 77/2002, pero todavía seguía abierto en el TEDH, que lo resolvió por sentencia de 13 de mayo de 2003, cfr. Pablo SALVADOR CODERCH, Sonia RAMOS GONZÁLEZ y Álvaro LUNA YERGA, «Preysler V: El final de la partida. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de mayo de 2003», en *InDret* 4/2003, working paper núm. 170. Sobre el mencionado caso, véase Pablo SALVADOR CODERCH / Fernando GÓMEZ POMAR (eds.), *Libertad de expresión y conflicto institucional. Cinco estudios sobre la aplicación judicial de los derechos al honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, Civitas, 2002; también Luis Javier MIERES, «Nimidades privadas: ¿Tutela de un derecho o

En el caso resuelto por el Tribunal Supremo, Isabel Preysler demandaba a los periodistas Luis del Olmo y Jesús Mariñas por unos comentarios realizados sobre su vida privada en el programa «Protagonistas» de los días 27 de noviembre y 4 de diciembre de 1985, emitidos por la cadena «Radio Popular, Cadena de Ondas Populares, SA (COPE)» (7). La actora interpuso, en primer lugar, una querrela criminal por injurias graves ante los juzgados de instrucción de Madrid el 7 de febrero de 1986, apenas dos meses después de producida la presunta intromisión ilegítima. Esta primera acción fracasó al entender el Juzgado de Instrucción núm. 13 de Madrid, a instancias del querrellado, que la competencia correspondía a los juzgados de Barcelona. Por auto de 7 de marzo de 1991, el Juzgado de Instrucción núm. 15 de Barcelona acordó el sobreseimiento libre de la causa y archivo de las diligencias previas, por no considerar constitutivos de delito los hechos examinados «con reserva a favor de la parte querellante de las acciones que en el orden jurisdiccional civil pudiera ejercitar por los posibles daños y perjuicios sufridos». No consta un posterior recurso al auto de archivo ante la Audiencia Provincial, y la actora interpuso demanda incidental de protección civil del derecho al honor ante los juzgados de Barcelona el 11 de junio de 1991, cinco años y medio después de la producción de los hechos, en que solicitaba la condena de los dos periodistas mencionados, más la cadena COPE, como autores de una intromisión ilegítima en el derecho al honor o, en su caso, a la intimidad, y al pago de veinticinco millones de pesetas en concepto de indemnización.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Barcelona estimó parcialmente la demanda, en sentencia de 20 de septiembre de 1992, y con ello declaró la existencia de una intromisión ilegítima en los derechos al honor y a la intimidad de la actora por los comentarios radiofónicos sobre su vida privada, con condena a la difusión de la sentencia y a una indemnización solidaria de cinco millones de pesetas, cinco veces menos que lo solicitado. Ya aquí la sentencia se pronunció negativamente sobre la alegación de caducidad de la acción, opuesta por los demandados. El juzgado entendió que el *dies a quo* del cómputo del plazo de cuatro años había empezado con la finalización del pleito penal por so-

---

reparación de un daño? (Un comentario al caso “Isabel Preysler”)), en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* núm. 15/2001, pp. 1749 y ss.

(7) Las concretas manifestaciones no constan en la sentencia del Tribunal Supremo, pero sí su objeto en el voto particular que a ella formula el magistrado Luis Martínez-Calcerrada, en concreto, «se hacía referencia a la relación que mantenía la actora con el señor B, y a las supuestas técnicas amorosas empleadas por aquélla».

breseimiento libre, cosa que sucedió el 7 de marzo de 1991. La Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 16a, por sentencia de 28 de abril de 1994, desestimó el recurso de apelación interpuesto por los demandados y el ministerio fiscal, y confirmó la de instancia en todos sus términos. Contra esta sentencia, la cadena COPE interpuso recurso de casación por defecto en el ejercicio de la jurisdicción, por trasgresión del artículo 9.5 de la LO 1/1982 y por infracción de la jurisprudencia aplicable respecto a la indemnización fijada.

El Tribunal Supremo resolvió el recurso de casación en 1998, más de siete años después de interponerse la demanda y prácticamente trece años después de producirse los hechos origen del pleito. En una ponencia del magistrado Román García Varela, el Tribunal Supremo casó la sentencia objeto del recurso con base en la infracción del art. 9.5 de la LO 1/1982, en materia de caducidad de la acción. En el recurso se argumentaba, por los demandados recurrentes, que la actora podía elegir tanto el ejercicio de la acción civil como la penal, una vez producidos los hechos que consideraba causantes de una intromisión ilegítima, de modo que «si la recurrida ha optado por la reclamación penal sin aseguramiento de la civil, que hubiera quedado en suspenso, a ella le corresponde sufrir las consecuencias de su elección» (FJ 3). El Tribunal Supremo estima el recurso fundamentalmente por este motivo, pero aprovecha para añadir un segundo motivo, que desarrolla de modo preliminar en un largo fundamento de derecho, y que consiste en el desarrollo de la «teoría de la opción», con sus efectos excluyentes y de incompatibilidad (8).

Como primer motivo, y auténtica *ratio decidendi* del caso, el Tribunal Supremo sostiene que se ha producido la caducidad de la acción civil prevista en la LO 1/1982. Con el argumento sencillo que la acción penal por injurias a un particular sólo se puede ejercitar a instancia de parte mediante querrela, al constituir un delito de los llamados «privados», y que la LO 1/1982 ha elegido el instituto de la caducidad, distinto de la prescripción, para la acción civil frente a una intromisión ilegítima al honor, concluye que el cómputo de su plazo no se interrumpe

---

(8) Reseña esta sentencia, Salvador VILATA MENADAS, «Comentario a la sentencia de 28 de septiembre de 1998 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo», en *Revista General de Derecho* 1999, pp. 1915 y ss.; también, con un breve comentario crítico, Jaime SANTOS BRIZ, «Prescripción y caducidad en supuestos especiales de responsabilidad civil. Las diferencias entre caducidad y prescripción en la doctrina de la extinción de los derechos subjetivos. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.<sup>a</sup>) de 28 de septiembre de 1998», en *Revista de Derecho Privado*, 2001, pp 249 y ss.

ni suspende por el ejercicio de una acción penal también en protección del honor a la que, posteriormente, sucede una acción civil por los mismos hechos y con el mismo objeto. El supuesto es excepcional y único: sólo son delitos privados los de calumnia e injuria, por tanto, sólo procede la caducidad de una acción civil de responsabilidad por pleito penal precedente en materia de derecho al honor (9). Por contra, la regla general es la prevista en el art. 114 LECrim, de modo que la acción penal suspende siempre la posibilidad de ejercicio de la acción civil posterior. Así, el Tribunal Supremo establece nueva doctrina sobre la materia, relativa al cómputo del plazo de caducidad, del siguiente modo:

«En la coyuntura del debate, la recurrida actuó contra los hechos que consideró lesivos a su honor e intimidad, mediante el ejercicio de las facultades que le concedía el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 1/1982 en el espacio penal, por ser el delito objeto de la querrela de persecución privada, toda vez que, como ya se expresó, el derecho a elegir la vía judicial considerada más conveniente para la defensa de los derechos e intereses legítimos obra comprendido en el artículo 24.1 de la Constitución Española, y, por consiguiente, la perjudicada tenía opción para acudir a la vía civil o a la penal, sin perjuicio del principio de intervención penal mínima y de que, desde el punto de vista de la realidad común, la sociedad no estima adecuada la sanción penal para la protección de los derechos al honor, intimidad e imagen.

Es evidente que la recurrida pudo ejercitar entonces la acción civil y que el “dies a quo” para el cómputo de los cuatro años de caducidad se inició precisamente en un instante próximo al ejercicio de la referida opción, que se determina en los meses de noviembre y diciembre de 1985.

Una vez finalizado el procedimiento penal por auto de sobreseimiento, había transcurrido con exceso el plazo establecido en el artículo 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982, y entraba en juego la doctrina relativa a que “la legalidad a que deben someterse los Tribunales por imperio de la Constitución (artículo 117) y de la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 1), obligan a aplicar las

---

(9) Los delitos del Título X del Libro II del CP, contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio son, según el art. 201, delitos semiprivados, al necesitarse denuncia de la persona agraviada para proceder por ellos delitos, con excepción del previsto en el art. 198, y el perdón del ofendido extingue la acción penal y la pena impuesta.



normas, aunque sean de naturaleza formalista, y obstaculicen las pretensiones sustantivas" (STS 20 abril 1991); en efecto, la nota fatal unida indefectiblemente al cumplimiento del plazo de caducidad prohíbe no sólo su interrupción, sino inclusive la suspensión del mismo, pues cuando dicho plazo viene determinado por la ley, sólo si ésta así lo establece se podría acoger una causa de suspensión.

Elegida la acción penal, se produjo la situación de que la tramitación de las diligencias correspondientes han permanecido en desarrollo procesal durante el desmesurado espacio temporal de más de cinco años.

Aunque una postura jurisprudencial, seguida, aparte de otras, por la STS 8 noviembre 1983, admite la interrupción en la caducidad cuando se produzca una situación de fuerza mayor o cualquiera otra causa independiente de la voluntad de los litigantes, no se dan en el supuesto del litigio ninguna de estas dos circunstancias: la primera, por razones obvias, y la segunda porque la recurrida, antes de hacer efectiva la opción, tuvo en su mano la factibilidad de deducir la reclamación civil y, por consiguiente, el "dies a quo" principió en la fecha antes precisada» (FJ 3).

Consciente de la repercusión y de lo arriesgado de la decisión, el Tribunal Supremo pone especial cuidado en fundamentarla exhaustivamente, incluso con el argumento del deber de sujetarse al principio de legalidad, a pesar de la dureza del resultado alcanzado. El Tribunal Supremo anticipa las posibles objeciones a la decisión con base en las diferencias entre prescripción y caducidad, instituto que «presenta rasgos distintivos más severos» que el primero, al valorar únicamente el transcurso de un determinado plazo con efectos de impedir el ejercicio del derecho o acción una vez transcurrido. En segundo lugar, recurre al «punto de vista de la realidad común» para deducir que no parece socialmente adecuada la sanción penal para la protección del derecho al honor, y ser ésta la tutela inicialmente intentada por la actora en el pleito. En tercer lugar, es evidente que la decisión resulta de la falta de previsión expresa en la LECrim para supuestos como el planteado que, como ya se ha apuntado, tiene un carácter excepcional y único: la legislación procesal penal no tiene en cuenta los efectos de un pleito penal previo sobre uno civil cuando el delito es privado o, como mínimo, no se refiere a ellos expresamente. Quizá la regla podría deducirse de la general contenida en el art. 112 LECrim, que fija la no extinción de la acción civil por extinción de la penal, pero el Tribunal Supremo entiende

que ésta ha de considerarse referida sólo a los delitos perseguibles de oficio, o por denuncia, pero no a los que solamente pueden iniciarse por medio de querrela. La inexistencia de una regulación general de derecho civil sobre el instituto de la caducidad, que no cuenta con preceptos como el art. 1.973 CC, en materia de interrupción de la prescripción, hace el resto (10).

Pero por si todo lo anterior fuera poco —y aquí entra en escena la teoría de la opción desarrollada en esta sentencia— el Tribunal Supremo se ha ocupado de establecer previamente, en el mismo fundamento de derecho, como jurisprudencia nueva, los efectos que produce el ejercicio del derecho de opción en el acceso a una u otra jurisdicción, penal y civil, que deriva de la duplicidad de acciones disponibles por el perjudicado. Así, por mucho que la doctrina de la caducidad de la acción, por la falta de suspensión del cómputo del plazo, pudiera considerarse no suficiente, la teoría de la opción arrastraría con ella igualmente a la desestimación de la demanda y, en el caso, a la casación de las sentencias de instancia y de apelación. En esta materia, el Tribunal Supremo sienta doctrina sin duda, y así lo destaca expresamente, sobre la relación entre las acciones penales y civiles en protección del derecho al honor aunque, a mi modo de ver, podría calificarse como mero *obiter dictum*. En una igualmente prolija argumentación, el Tribunal Supremo deja sentado un criterio que, literalmente, será reproducido en posteriores sentencias del propio Tribunal y de las Audiencias Provinciales. Una vez expuesta la existencia de dos vías judiciales en protección del derecho al honor y considerarse ambas objeto de un derecho de opción o de elección, conforme al art. 24.1 CE, afirma:

«Por ser de persecución privada la infracción penal relativa a esta materia, el perjudicado tiene opción para acudir a la vía civil

---

(10) El instituto de la caducidad fue recogido por primera vez en la jurisprudencia con las sentencias del TS de 27.4.1940 y 30.4.1940, y desde entonces la jurisprudencia ha ido perfilando su régimen jurídico; sobre éste, recientemente, Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, «¿Apreciación de oficio de la caducidad en todo caso? Necesidad de un régimen diferente para las relaciones jurídicas e intereses disponible», en *Revista de Derecho Privado*, 2001, pp. 465 y ss. El Libro I del Código Civil de Cataluña (Ley 29/2002, de 30 de diciembre, DOGC núm 378, de 13 de enero de 2003), regula institucionalmente la caducidad y, a pesar de no admitir su interrupción, prevé la posibilidad de suspensión de su cómputo en caso de relaciones jurídicas disponibles (art. 122-3 CC Cat), sobre esta normativa, véanse los comentarios de Sergio NASARRE AZNAR y Esteve BOSCH CAPDEVILA, en Antoni VAQUER ALOY / Albert LAMARCA I MARQUÈS (eds.), *Comentari a la nova regulació de la prescripció i la caducitat en el Dret Civil de Catalunya*, Barcelona, Atelier, 2005, pp. 287 y ss.

o a la penal y, si elige la primera, como es renunciabile la segunda (artículo 106, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), el ejercicio exclusivo de la acción civil supone la extinción de aquélla, tal y como preceptúa el artículo 112, párrafo segundo, de la misma Ley Procesal.

Asimismo, en principio, consideramos que el ejercicio de la acción penal lleva consigo el efecto de la extinción de la civil y ello por los siguientes argumentos: a) como se trata del ejercicio de un derecho de opción, no tendría sentido que, realizada ésta, cupiera instar posteriormente la acción no elegida; b) la concesión de una petición de esta clase por la vía civil, después de agotado el curso de la exteriorizada por el otro cauce, equivaldría a mantener indefinidamente la posibilidad reclamatoria, y esto “es contrario al espíritu de la propia Ley 1/1982, que, por cierto, emplea el rígido instituto de la caducidad y no de la prescripción para regular el plazo de ejercicio de las acciones” que cobija (STS 28 noviembre 1995 [RJ 1995\8720]); c) la práctica forense acredita que la postulación indemnizatoria se une de ordinario a la reclamación penal en supuestos del honor, la intimidad y la propia imagen, y, en todo caso, siempre permanecería abierta la factibilidad de esa conjunción, con lo que no se perturba el principio de la tutela judicial efectiva y no existe indefensión; y d) igualmente, la seguridad jurídica aboga a favor de esta posición, toda vez que, ante una eventualidad de esta naturaleza, el ciudadano tiene derecho a conocer la actitud de ataque procesal que puede sobrevenirle cuando ésta se encuadra en una dualidad a resolver mediante la voluntaria elección.

Además, aparte de la posición precedente, que ahora se sienta por esta Sala, asimismo sería menester dar por caducada la vertiente civil “por mor” del transcurso del tiempo» (FJ 3).

Como se ha apuntado ya, ante la complejidad de los avatares sufridos por el caso, y ante los años transcurridos desde la comisión de los hechos, prácticamente trece, el Tribunal Supremo opta por establecer una doctrina igualmente compleja y no exenta de polémica. Nótese, con todo, que el Tribunal Supremo pone especial cuidado en justificar esta decisión con apoyo en preceptos constitucionales y en la doctrina del propio Tribunal Constitucional, probablemente siendo muy consciente del alcance que la decisión tenía para futuros casos y para anticipar y evitar la nulidad de la misma en un posible recurso de amparo ulterior. Éste se planteó y, como se verá, sea por la cuidada argumentación del Tribunal Su-

premo como por la defectuosa invocación de preceptos constitucionales hecha por la recurrente, el Tribunal Constitucional decidió denegar el amparo y pronunciarse por la constitucionalidad de la decisión.

De esta sentencia, primera que sienta las doctrinas de la opción y de la caducidad de la acción civil por honor, puede deducirse una regla práctica para los operadores jurídicos en la materia: si el pleito penal puede prolongarse más allá de los cuatro años de caducidad previstos conviene iniciar la acción civil antes del transcurso de este plazo. Ello sólo a los efectos de atenerse a la que se considera *ratio decidendi* de la sentencia, pero si se considera que el aviso a los operadores jurídicos formulado como *obiter dictum* puede llegar a constituir en ocasiones futuras fundamento único de la decisión, de modo que el ejercicio de la acción penal excluye en todo caso el de la acción civil, parece que será razonable evitar los primeros pleitos, a reserva de razones muy concretas, ante el riesgo de que sean los únicos en que se pueda plantear una acción de tutela frente a una determinada lesión al derecho al honor (11).

#### A) Dos votos particulares

De los cinco magistrados que firman la resolución reseñada, dos formularon sendos votos particulares a la misma (12). Ambos votos

---

(11) Han tratado de la doctrina expuesta en la sentencia, de forma crítica con el sentido de la decisión y manifestando su perplejidad por la misma, Juan Antonio LASCURAÍN SÁNCHEZ, «El proceso penal como proceso de amparo del derecho al honor: comentario a la STC 21/2000», en *Revista de Derecho Penal y Criminología* núm. 7, 2001, pp. 405 y ss., pp. 416 y ss.; Irene NADAL GÓMEZ, *El ejercicio de acciones civiles en el Proceso Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 99 y ss.; Gregorio SERRANO HOYO, «Algunos aspectos procesales sobre la protección civil y penal del derecho fundamental al honor (especial referencia a la incidencia de la S.T.C. 77/2002, de 8 de abril, y las leyes 8/2002 y 38/2002, de 24 de octubre)», en *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, vol. XXI, 2003, pp. 205 y ss., pp. 232 y ss.; Jesús María SANTOS VIJANDE, «Algunas cuestiones relevantes para la efectividad en la protección jurisdiccional del honor, la intimidad y la propia imagen», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* núm. 21/2003, pp. 5 y ss. Por lo general estos autores esgrimen dos argumentos recurrentes y obvios contra la mencionada doctrina: entienden que debería estimarse la suspensión del transcurso del plazo de caducidad de la acción civil, al existir pleito penal en curso por los mismos hechos y, en segundo lugar, se argumenta que no existe disposición expresa que determine la extinción de la acción civil por ejercicio de la penal, sino todo lo contrario, y de las reglas vigentes sobre la materia se debe concluir que la acción civil sigue viva una vez finalizado el pleito penal.

(12) Además del ponente mencionado, Román García Varela, formaban sala en esta ocasión los magistrados Ignacio Sierra y Gil de la Cuesta, Jesús Marina Martínez-Par-

particulares parten de una doble perplejidad que genera la lectura del Fundamento de Derecho 3.º de la sentencia. En primer lugar, no parece razonable que de un ordenamiento que prevé una dualidad de regímenes jurídicos y, por ende, de jurisdicciones competentes, en materia de protección del derecho al honor, pueda deducirse la necesidad de opción irreversible y excluyente por uno u otro régimen y jurisdicción, cuando claramente se afirma la excepcionalidad y residualidad de uno de ellos. En segundo lugar, tampoco parece muy razonable deducir la caducidad de una acción en tutela del derecho al honor cuando con la misma finalidad se ha ejercitado una acción penal sobre los mismos hechos que prevé el ordenamiento.

En su voto particular, el magistrado Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, recurre a los arts. 100 y ss. LECrim, en especial los arts. 111, 112, 114 y 116, además del 635, para deducir que no hay fundamento legal expreso ni en esta ley ni en la LO 1/1982, que determine la exclusión de la acción civil por haberse seguido previamente un procedimiento penal, pero si lo contrario. Ello resulta del criterio según el cual unos mismos hechos pueden ser susceptibles de tipificación penal y civil, a efectos de considerarse intromisión ilegítima, de modo que la responsabilidad penal siempre incluye la civil pero no inversamente. Así las cosas, si se inicia un pleito penal y no se alcanza sentencia condenatoria es obvio que, al estar excluida en la acción penal la civil, no habrá protección jurisdiccional posible del derecho fundamental al honor, lo que parece totalmente contrario a la protección constitucional del mismo, garantizada al incluirse en el catálogo de los derechos fundamentales y al propio derecho a la tutela judicial efectiva (13). En segundo lugar, entiende el magistrado que el ejercicio de una acción penal, por muy disposi-

---

do, Luis Martínez-Calcerrada y Gómez y Alfonso Barcalá y Trillo-Figueroa. En la versión de la editorial Aranzadi se menciona la existencia de dos votos particulares pero no se recoge su texto, que sí aparece en la versión de la editorial El Derecho (EDJ 1998/18857).

(13) Así, el magistrado afirma que «es sabido, que en la ocurrencia de ambas acciones, cuando sea menester, la elección de la penal no cierra, en su caso, la posterior acción civil, porque frente al supuesto ilícito es claro que si no está tipificado en vía penal, puede estarlo en vía civil; al contrario, si se elige la vía civil, no es posible, por lo general a su término, entablar por los mismo hechos la penal (...). Esta doctrina aplicada al caso de autos, cobra singular relieve, porque la supuesta gravedad de los hechos determinaron que la ofendida aspirase a una tutela máxima y, actuando de buena fe instara el acceso penal, y que al serle insatisfactorio hubo de acudir a la subsiguiente vía civil de esta L.O., como el propio Tribunal de lo Penal en su auto de sobreseimiento le reservó. Se subraya que ante cualquier equívoco, la acción penal originaria aunque llevaba consigo la adosada vía civil, no por ello oscurecía esta otra de la citada L.O. 1/1982, para actuarla en su caso, como así ocurrió».

tiva o a instancia de parte que sea, impone siempre la suspensión, no su interrupción, del transcurso de un término de caducidad de una acción civil por los mismos hechos puesto que la acción como tal ya ha sido ejercitada. En otro caso, insiste, se estaría siempre al albur de la duración del pleito penal para poder apreciar si la acción civil posterior en protección del derecho al honor ha caducado o no.

En el segundo voto particular, el magistrado Jesús Marina Martínez-Pardo destaca la novedad del criterio de entender que una vez seguida la vía penal quede cerrada y extinguida la vía civil «si la resolución que pone fin al juicio no es condenatoria». Según el criterio del magistrado, y como parece razonable «sin ley que declare tal extinción no cabe entender que se produzca». Por tanto, el magistrado disidente se opone frontalmente a la jurisprudencia sentada en la sentencia y en ello aduce el carácter de fundamental del derecho al honor. Igualmente, defiende en su voto particular que el cómputo del plazo de caducidad del art. 9.5 de la LO 1/1982 debe suspenderse «si por fuerza mayor o causa independiente de la voluntad del titular no puede ejercitarse la acción», como así concurría en el sometido la decisión del Tribunal Supremo 14).

#### B) Las sentencias de 31 de julio de 2000 y 22 de noviembre de 2002

Con posterioridad a la sentencia de 28 de septiembre de 1998, el Tribunal Supremo se pronuncia en términos idénticos sobre la doctrina de la caducidad de la acción, en las sentencias de 31 de julio de 2000 (RJ 6206, MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta) y 22 de noviembre de 2002 (RJ 10364, MP: Pedro González Poveda), que la confirman expresamente.

En la primera de ellas, el propio Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Badajoz, en sentencia de 14 de julio de 1994 y la Audiencia Provincial de la misma ciudad, en sentencia de 29 de diciembre de 1994 (AC 2142), ya apreciaron la caducidad de la acción civil, y desestimaron la demanda, conforme al art. 9.5 LO 1/1982, cuatro años antes de la sentencia del Tribunal Supremo de 1998. En el caso, el actor entendía que las frases y conceptos vertidos por el señor L. en un artículo publicado

---

(14) «Si el ofendido puede acudir a la vía penal, si esta vía hace imposible el ejercicio simultáneo de la vía civil, si el ejercicio de la primera no agota la segunda, es evidente que la interpretación más acorde con la tutela judicial efectiva, entender que es causa independiente de la voluntad del ofendido, que la vía penal tarde en decidir más de cuatro años y que por ese motivo no quepa acudir al orden civil».

el 6 de febrero de 1990 en el periódico «Hoy» de Badajoz atentaban contra su honor, y por ello inició un procedimiento penal con querrela que finalizó con sentencia de 15 de noviembre de 1993 que no estimó la referida lesión. El actor interpuso demanda civil en protección del derecho al honor el 5 de abril de 1994, transcurridos más de cuatro años desde los hechos constitutivos de la presunta intromisión ilegítima. La Audiencia argumentó en el sentido que no se trataba de un delito perseguible de oficio, de modo que necesariamente suspendiera la acción civil, la cual se podía interponer desde el mismo momento de producción de los hechos. En el caso concurría la circunstancia adicional que la sentencia penal fue pronunciada antes del transcurso del plazo de caducidad de cuatro años del art. 9.5 LO 1/1982, que el actor dejó transcurrir al interponer la demanda casi dos meses después. El supuesto de hecho es prácticamente idéntico al de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1998, con la diferencia que el seguimiento de la vía penal no había dado lugar *per se* a la caducidad de la acción civil, al finalizar antes del transcurso del plazo.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación y, al confirmar las sentencias de instancia y de apelación, abunda en la idea que la acción civil en protección del derecho al honor no está sometida a prejudicialidad penal alguna, de modo que es ejercitable desde el mismo momento de producción de los hechos, por no ser aplicables el art. 114 LECrim ni el art. 10.2 LOPJ, «sin estar sujeta para nada a las vicisitudes de un juicio penal sobre los hechos en cuestión», al ser el delito perseguible sólo a instancia de parte. Ante la alegación de la recurrente que ello supone una discriminación contraria al art. 14 CE en relación con los delitos perseguibles de oficio, el Tribunal Supremo descarta la existencia de tal discriminación sobre la base de un régimen jurídico penal distinto, que no es discriminatorio. El Tribunal Supremo no cita su sentencia de 28 de septiembre de 1998 a la que parece seguir y tampoco menciona la teoría de la opción, que no aparece en los fundamentos de derecho, por tanto, ni como *ratio decidendi* ni *obiter dictum* (15).

En la siguiente sentencia, la de 22 de noviembre de 2002, el supuesto de hecho fue también parecido: pleito penal previo por calumnias sin condena y transcurso del plazo de caducidad una vez interpuesta la de-

---

(15) En esta sentencia no hay votos particulares, y debe notarse que ninguno de los magistrados que los formularon a la sentencia de 28.9.1998 formaban sala en esta ocasión, que estaba constituida por los magistrados Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Pedro González Poveda, Román García Varela, Antonio Gullón Ballesteros y José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

manda civil en protección del derecho al honor. Los hechos derivaban de la publicación de un artículo relativo al actor, Francisco Ramón A. M, en el núm. 682, del 6 al 12 de junio de 1989, en la revista *Interviú*. El actor interpuso, el 16 de octubre de 1989, querrela criminal por calumnia propagada por escrito y con publicidad. Posteriormente, el 8 de julio de 1993, el querellante presentó escrito por el que desistía de la querrela, ratificándose en su contenido el 24 de diciembre de 1993. Con base en lo anterior, el Juzgado de lo Penal núm. 13 de Barcelona, dictó auto por el que acordaba el archivo de las actuaciones. Dos meses más tarde, el 28 de febrero de 1994, pero cuatro años y ocho meses después de la publicación del artículo, el actor interpuso demanda de protección civil del derecho al honor contra Matías V., Juan José F. y Ediciones Zeta, en que solicitaba una indemnización de 45 millones de pesetas por daños y perjuicios causados por una lesión al honor. El Juzgado de Primera Instancia núm. 39 de Barcelona, en sentencia de 17 de febrero de 1995, estimó parcialmente la demanda y condenó solidariamente a Matías V. y Ediciones Zeta al pago de 1.500.000 ptas en concepto de indemnización. La Audiencia Provincial de Barcelona, en sentencia de 6 de febrero de 1997, duplicó el importe de la indemnización y la elevó a tres millones de pesetas.

En casación, los recurrentes alegaban infracción del art. 9.5 de la LO 1/1982 y el Tribunal Supremo estimó este motivo y se basó para ello en sus anteriores sentencias de 28 de septiembre de 1998 y 31 de julio de 2000, reseñadas, de las que reproduce sus fundamentos de derecho, exclusivamente sobre caducidad de la acción civil, para casar la sentencia de instancia. En concreto, el Tribunal Supremo afirma que «la doctrina contenida en las sentencias citadas es de aplicación al supuesto aquí contemplado dada su sustancial identidad con los que motivaron esas resoluciones, lo que implica la estimación de este primer motivo del recurso» (FJ 2).

*2. La cuestión de nuevo ante el Tribunal Supremo dos años después:  
la incompatibilidad en el ejercicio de las acciones penales  
y civiles como ratio decidendi*

Las tres sentencias reseñadas se han pronunciado durante el quinquenio 1998-2002. Dos años después, en 2004, el Tribunal Supremo ha pronunciado seis nuevas sentencias, con ocasión de supuestos de hecho que planteaban de nuevo la cuestión de la relación entre acciones penales y civiles por honor, y que clarifican y abundan en la doctrina sen-



tada en las tres anteriores y la precisan para otros supuesto de hecho posibles.

A) Acción civil por honor previa, penal subsiguiente fallida y vuelta a la jurisdicción civil

La sentencia de 18 de febrero de 2004 (RJ 751, MP: Antonio Gullón Ballesteros) es la primera de la serie de seis del mismo año 2004, y es probablemente la más compleja de todas ellas, por los avatares procesales en que incurrieron las partes. El pleito trae causa de unas elecciones sindicales celebradas en Baleares en 1995 en que las cuatro actoras, Lidia, Raquel, María Ángeles y Antonieta, funcionarias públicas del Ministerio de Trabajo, ejercieron funciones de árbitros por designación de la Administración. D. Serafín, secretario provincial del sindicato Unión Sindical Obrera (USO) en las Islas Baleares, realizó declaraciones sobre la actuación de las mencionadas árbitras, que fueron recogidas en reportajes periodísticos en los diarios «Baleares» y «Diario 16», en sus ediciones del 8 de julio de 1995 (16).

A consecuencia de ello, las cuatro árbitras interpusieron una demanda en protección de su derecho al honor, el 1 de septiembre de 1995, contra la que consideraban una intromisión ilegítima del demandado, Serafín, y solicitaban la condena solidaria de éste y del sindicato USO a satisfacer a cada una de las actoras un millón de pesetas por el daño moral causado en su honor y prestigio profesional con sus declaraciones, más la obligación de publicar en los citados periódicos la sentencia de condena.

Con anterioridad, el 13 de julio de 1995, apenas cinco días después de los hechos, el ministerio fiscal había denunciado a D. Serafín por las manifestaciones realizadas, al considerar que po-

---

(16) Del tipo «formar parte de una “red de corrupción que implica a UGT, CC OO y a los inspectores del Ministerio de Trabajo”, definiéndolas como “amiguitas de los sindicatos mayoritarios” “que hacen el juego sucio a UGT y CC OO” “favoreciendo la campaña de acoso y derribo iniciada por estos dos sindicatos contra USO, mediante la realización de interpretaciones muy restrictivas de la Ley Orgánica de Libertad Sindical”, “realizando una aplicación totalmente sesgada e injusta de este párrafo y pasándose por el forro las sentencias emitidas desde el Tribunal Constitucional”, y que “el sistema arbitral de las islas —aseveró— no está siendo independiente ni imparcial y está viciado desde el principio porque las árbitras son amiguitas de CC OO y UGT”», cfr. FJ 4.º SAP Islas Baleares 31.10.2000 (AC 2001/1617).

dían ser constitutivas de un delito de desacato. Por su parte, el 14 de julio de 1995, el sindicato Comisiones Obreras interpuso querrela contra D. Serafín por las mismas declaraciones, con acusación de los delitos de injurias graves y de calumnias. El 21 de julio hizo lo propio el sindicato Unión General de Trabajadores, con interposición de querrela por calumnias e injurias graves contra D. Serafín. A resultas de estas actuaciones se tramitaron diligencias previas y, el 27 de noviembre de 1995, las cuatro actoras del pleito civil se personaron en ellas en calidad de perjudicadas, interesando las certificaciones oportunas a efectos de suspensión del procedimiento civil que seguían contra D. Serafín. El juzgado de instrucción admitió su personación y les hizo ofrecimiento de acciones. El juzgado de primera instancia que tramitaba la demanda en protección del derecho al honor, por auto de 24 de enero de 1996, suspendió el procedimiento civil. Las perjudicadas solicitaron del juzgado de instrucción, por escrito de 18 de febrero de 1997, la apertura de juicio oral y formularon acusación contra D. Serafín por delitos de calumnias y contra la libertad sindical, subsidiariamente por un delito de injurias, con reproducción de la solicitud de indemnización de un millón de pesetas a cada una. Sin embargo, el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Palma, por sentencia de 8 de julio de 1998, declaró extinguido por prescripción el delito de injurias imputado al acusado. La sentencia quedó firme y entonces se reanudó el proceso civil.

A pesar de todo lo anterior, el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Palma estimó íntegramente la demanda de las actoras, en sentencia de 8 de febrero de 2000, por entender que las manifestaciones del demandado constituían un intromisión ilegítima en su honor y prestigio profesional «no amparada ni tutelada por el derecho a la libertad de expresión, información y opinión». La Audiencia Provincial de Baleares, en sentencia de 31 de octubre de 2000 (AC 2001/1617), confirmó la de instancia.

En el recurso de casación interpuesto, los recurrentes alegaban la infracción por la Audiencia y el Juzgado de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1998, de modo que «las actoras acudieron a la vía penal para su defensa del derecho al honor sin reservarse la acción civil, con la inevitable consecuencia de quedar cerrada ya la vía civil, pues la Ley no permite ejercitar simultánea o alternativamente ambas vías procesales, ni la jurisprudencia el peregrinar de jurisdicciones». El Tribunal Supremo estimó el recurso y,

a pesar de la maraña procesal que se dio en el caso, se aferró al hecho que las demandadas habían ejercitado voluntariamente la acción penal por calumnias e injurias ante la jurisdicción penal. En ellas concurría la condición de autoridad laboral y se podía hablar de un delito contra la libertad sindical pero, en cualquier caso, el ejercicio de la acción penal por calumnias e injurias derivaba de su única voluntad. Así las cosas, el Tribunal Supremo aprovechó la ocasión para sentar de nuevo la teoría de la opción, aquí sí ya como *ratio decidendi* y reproduciendo parte de la sentencia de 28 de septiembre de 1998:

«Resalta de lo expuesto que las actoras siguieron dos vías sucesivas para la persecución con sus efectos indemnizatorios de las que reputaban intromisiones ilegítimas en su honor profesional, lo cual no autoriza en modo alguno ni la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ni la de esta Sala.

La sentencia del Tribunal Constitucional 241/1991, de 16 de diciembre, ciertamente que permite a que el ofendido utilice cualquiera de las vías para la defensa de los derechos protegidos por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, pero no simultánea o sucesivamente todas las vías.

La sentencia de esta Sala de 28 de septiembre de 1998, contra la que se formuló recurso de amparo que desestimó el Tribunal Constitucional en sentencia 77/2002, de 8 de abril, declaró:

(...)

La sentencia recurrida estimó que las actoras pudieron elegir entre la vía civil y la penal, lo cual es cierto, pero ello no resuelve en absoluto el problema planteado, que es el de si el ejercicio de la acción civil en vía penal (que no era obligado en absoluto), permite mantener vivo el anterior de la misma acción en vía civil. Al mismo hay que darle una respuesta negativa por lo expuesto anteriormente. Las actoras, con una conducta procesal que raya en el fraude procesal, ejercitaron su acción por la vía penal, teniendo a la civil como una más que las aseguraba en sus reclamaciones. Utilizaron, en suma, dos vías sin optar por una o por otra, manteniendo la civil paralizada por si la vía penal, en que volvieron a ejercitar la acción civil, no les era propicia» FJ 1).

El supuesto de hecho planteaba el caso inverso al que aquí nos ocupa, el de acción civil previa con penal subsiguiente. En estos casos, el art. 112.2 LECrim es claro y la acción penal queda excluida por la civil al entenderse ejercitada aquí la opción. Con todo, la acción penal no fue

iniciada por las actoras del pleito civil, y a la acción por honor, por calumnias e injurias, se añadía un delito contra la libertad sindical. Es evidente que el juez penal debería haber inadmitido que las actoras fueran parte del pleito por existencia de una acción civil previa, conforme al art. 110.1 LECrim, lo que no habría impedido que ésta siguiese su tramitación.

B) Dos acciones, penal y civil, por unos mismos hechos pero con partes diferentes

En relación con el segundo caso del año 2004, los antecedentes de hecho no resultan lo suficientemente claros del texto de la sentencia de 30 de junio de 2004 (RJ 4281, MP: Clemente Auger Liñán). Parece que las actoras, Verónica y Lorenza, habían seguido un pleito penal previo, en virtud de querrela criminal y que finalizó con sentencia del Juzgado Penal núm. 8 de Málaga que condenaba al querellado, Romeo, esposo y padre, respectivamente, de las querellantes, por un delito de injurias graves por escrito con publicidad, por las declaraciones efectuadas en un artículo publicado en el Diario Málaga - Costa del Sol, en su edición de 23 de abril de 1995, con el título «La justicia ha secuestrado a mis dos hijos pequeños» (17). La sentencia fijó una indemnización para cada una de las querellantes por importe de un millón de pesetas y la obligación de publicar la sentencia en el mismo periódico a expensas del condenado. Con posterioridad, las actoras interpusieron demanda en protección del derecho al honor contra la editora del periódico, «Edicosma, SA», su director, D. David, y contra la periodista Dña. Andrea, por la publicación de la negligente entrevista realizada a D. Romeo.

En su sentencia de 26 de septiembre de 1997, el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Málaga, desestimó las excepciones de prescripción de la acción y de cosa juzgada, y estimó parcialmente la demanda condenando a los demandados a satisfacer a cada una de las actoras la cantidad de un millón de pesetas y a la publicación de la sentencia en el mismo periódico, a su costa. La Audiencia Provincial de Málaga, en sentencia de 27 de enero de 1999, confirmó íntegramente la de instancia.

En el caso no concurría caducidad de la acción, por no haber trans-

---

(17) El nombre del diario no aparece recogido en la sentencia, pero se puede deducir de su editora EDICOSMA, SA, que si aparece.

currido los cuatro años del plazo del art. 9.5 LO 1/1982, pero tampoco las partes de los pleitos penal y civil eran las mismas, a pesar de que se referían ambos a unos mismos hechos, que eran las manifestaciones de D. Romeo publicadas en el periódico Diario Málaga - Costa del Sol. No había identidad de partes, en el pleito penal se había apreciado la existencia de una intromisión ilegítima y, por ello, parecía que la teoría de los efectos excluyentes de la opción del perjudicado no podía predicarse del caso. Sin embargo, el Tribunal Supremo entendió que tampoco aquí era admisible seguir dos pleitos en protección del derecho al honor ante dos jurisdicciones diferentes, por muy distintas que fueran las partes, si los hechos causantes de la intromisión eran los mismos. Esta estrategia procesal no le pareció nada razonable. El argumento que los demandados civiles debían haber sido también parte del proceso penal, con fundamento y recordatorio de la desarrollada teoría de la opción, salta a la vista:

«De lo expuesto resulta que las actoras han seguido dos vías sucesivas para la persecución con sus efectos indemnizatorios de las que reputaban intromisiones ilegítimas en su honor profesional. En primer lugar, contra su esposo y padre en el ejercicio de acción penal conjunta y derivada con la acción civil correspondiente, sin que en esta acción se dirigiera la correspondiente contra los hoy demandados, que, en su caso, serían responsables solidarios de la indemnización señalada y procedente.

La sentencia del Tribunal Constitucional 241/1991, de 16 de diciembre, permite que el ofendido utilice cualquiera de las vías para la defensa de los derechos protegidos por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, pero no simultánea o sucesivamente todas las vías.

La sentencia citada en la oposición y dictada por esta Sala de 28 de septiembre de 1998 mantuvo esta posición y contra la misma se formuló recurso de amparo, desestimado por el Tribunal Constitucional en sentencia 77/2002, de 8 de abril.

Recogiendo, como no podía ser de otra manera esta doctrina, la sentencia de esta Sala de 18 de febrero de 2004, da una respuesta negativa al ejercicio de la acción civil posterior a la acción penal, en aras a la seguridad jurídica, toda vez que, ante una eventualidad de esta naturaleza, el ciudadano tiene derecho a conocer la actitud de ataque procesal que puede sobrevenirle cuando ésta se encuadra en una dualidad a resolver mediante la voluntaria elección» (FJ 2).

### 3. *Una excepción a la doctrina de la opción, sin caducidad previa de la acción civil*

De entre el conjunto de sentencias del Tribunal Supremo reseñadas, destaca la de 5 de julio de 2004 (RJ 4998, MP: Xavier O'Callaghan Muñoz), por el hecho que en ella el actor dedujo acción penal previa pero interpuso la acción civil en protección del derecho al honor dentro del plazo de caducidad de cuatro años. Aquí el Tribunal Supremo no apreció la existencia de caducidad, que no procedía, pero tampoco recurrió a la doctrina de la opción y a la imposibilidad de un ejercicio consecutivo de ambas acciones.

La actora, Dña. Margarita, interpuso demanda de protección de derechos fundamentales contra la entidad «Leotis SL» y Dña. Beatriz, solicitando al juzgado que se declarara la existencia de una intromisión ilegítima en su derecho al honor y la condena al resarcimiento de daños morales, por unos hechos que no se detallan (18). El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Córdoba desestimó la demanda por caducidad de la acción, mientras que la Audiencia Provincial de Córdoba, Secc. 2.<sup>a</sup>, en sentencia de 5 de enero de 2001 (JUR 2001/81448), estimó el recurso y declaró la existencia de una lesión al derecho al honor y a la intimidad personal de la actora, condenando solidariamente a los demandados al pago de 200.000 ptas, en concepto de indemnización.

El Tribunal Supremo casó la sentencia de la Audiencia Provincial, reafirmando en su doctrina que para el plazo de caducidad en ejercicio de la acción civil en protección del honor, previsto en el art. 9.5 LO 1/1982, «no cabe interrupción y no se ejercita ni se interrumpe con el ejercicio de una acción penal, que no extingue la civil si se reserva ésta». El Tribunal recuerda el criterio de su sentencia de 28 de septiembre de 1998 en materia de caducidad de la acción civil, confirmado por el Tribunal Constitucional en sentencia 77/2002, de 8 de abril, doctrina que resume del modo siguiente:

---

(18) Estos sí se recogen en la sentencia de la AP de Córdoba de 5.1.2001 (JUR 2001/81448), al indicar que la actora fue «sorprendida en un almacén o tienda de ropa, cuando al salir del mismo sin haber hecho ninguna compra comenzó a funcionar el detector que existe en el establecimiento, indicativo de que se había apropiado ilegítimamente de una prenda de vestir, lo que originó un cierto revuelo en el establecimiento al que acudió un miembro de la Policía Local. La Srta. A., de veintiséis años de edad, hubo de desnudarse en presencia de una de las dependientas quien pudo comprobar que no llevaba consigo ninguna prenda ilegítimamente apropiada. Todo ello produjo en la A. un grave impacto psíquico (trastorno fóbico)», la AP entendió que ello constituía un atentado a sus derechos al honor y a la intimidad y condenó a los demandados solidariamente al pago de 200.000 ptas.

«La sentencia de esta Sala de 28 de septiembre de 1998, cuyo recurso de amparo contra la misma fue desestimado por el Tribunal Constitucional en sentencia 77/2002, de 8 de abril, estableció la doctrina que ahora se reitera: el perjudicado tiene opción para ejercitar la acción civil o la penal; si se ejercita ésta, con reserva de aquélla, el plazo transcurre y si presenta la demanda civil tras los cuatro años, ha caducado; la acción penal no ha significado el ejercicio de la acción como si fuera única con la civil, ni interrumpe el plazo de ésta. Caducidad que no significa un abandono del derecho subjetivo, sino, como dice aquella sentencia, se trata del cumplimiento de un plazo, a cuyo término no es posible ejercitar la acción» (FJ 1).

Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende que de los antecedentes resulta que los hechos que dieron lugar a la demanda se produjeron el 4 de enero de 1996 y ésta se presentó exactamente cuatro años más tarde. A pesar de no estimar el recurso por este motivo, el Tribunal Supremo casa la sentencia al entender que el objeto del pleito, fijado en la demanda, estaba en la lesión al derecho al honor y la sentencia de la Audiencia apreció lesión al derecho a la intimidad de la actora, por lo que cabe concluir que no hubo intromisión ilegítima en el derecho al honor de la actora, conforme a su demanda.

De una lectura detenida del fundamento de derecho primero de la sentencia destaca una sutil omisión de la cita de las consecuencias que en el orden civil produce la teoría de la opción, manifestada en las sentencias precedentes, y también que el ponente manifiesta que su convalidación por el Tribunal Constitucional, en la sentencia 77/2002, se restringe a la doctrina de la caducidad de la acción, en relación con el art. 24.1 CE, pero nada más. Expresamente apunta que el ejercicio de la acción penal no extingue la civil si se reserva ésta, con apoyo en el art. 112 LECrim. No resulta de la sentencia si el Tribunal Supremo no quiso abordar la temática de los efectos de la opción por cuestiones de congruencia, a pesar de que sí lo había hecho en las sentencias precedentes y no habría incongruencia al poderse apreciar aquélla de oficio, como se destaca en la sentencia posterior de 30 diciembre de 2004 (RJ 2005/410), expresamente sobre esta materia. Lo cierto es que las consecuencias de la teoría de la opción se silencian por completo (19).

---

(19) Quizá también podría afirmarse que el recurso a ella no era necesario en la medida en que el TS estima un segundo motivo de casación que le permite ya casar la sen-

#### 4. Otra vez la caducidad de la acción civil como ratio decidendi del caso

En la sentencia de 20 de julio de 2004 (RJ 5467, MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel), el Tribunal Supremo reproduce por quinta vez, como *ratio decidendi*, la doctrina de la caducidad de la acción civil en protección del derecho al honor al no suspenderse ésta por haberse seguido previamente un procedimiento penal. En el caso, el actor no sólo había interpuesto una querrela criminal previa, sino que en su empeño litigador interpuso también un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y un ulterior recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La fecha de interposición de la demanda civil en protección del derecho al honor no consta en los antecedentes, pero debe ser igual o posterior a 1995. En ella, el actor, Vicente L. C., demandaba a Ramón de E. R. y a la sociedad Promotora de Informaciones S.A. (PRISA), editora del periódico «El País», por un artículo que el primero había publicado en la edición del mencionado diario de 28 de junio de 1990.

El perjudicado había denunciado previamente los hechos el 21 de diciembre de 1990 ante un Juzgado de Instrucción de Valencia, a lo que siguió una querrela interpuesta ante los juzgados de Barcelona, que finalizó por auto de archivo de las actuaciones al considerar que no había delito contra el honor. A su vez, la Audiencia Provincial de Barcelona, por auto de 3 de abril de 1992, desestimó el recurso contra la decisión del juzgado. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional denegó el recurso de amparo interpuesto contra aquél por sentencia 297/1994, de 14 de noviembre (20). Por último el actor interpuso demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que fue inadmitida.

---

tencia de instancia. En cualquier caso, destaca el hecho que el magistrado ponente no había formado sala en las anteriores sentencias del TS que habían establecido la doctrina de la opción. En la sentencia de apelación, la AP de Córdoba entendió que la acción no había caducado, no tanto por la suspensión del plazo por haberse seguido un pleito penal previo, sino que en el ejercicio de la acción penal debía entenderse también ejercitada la acción civil.

(20) En la sentencia del TC se da noticia completa de los hechos y de las personas implicadas, se trata uno de los distintos episodios judiciales del llamado «caso Lapiedra», véase el comentario a esta sentencia de Pablo SALVADOR CODERCH, «Comentario a la STC 297/1994, de 14 de noviembre», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 39, 1995, pp. 851 y ss.



Tanto el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Barcelona, en sentencia de 9 de octubre de 1997, como la Audiencia Provincial, Secc. 14, en sentencia de 17 de febrero de 1999, declararon la caducidad de la acción interpuesta y desestimaron la demanda. En ambos casos, se consideró que el *dies a quo* del cómputo del plazo de caducidad había sido el día siguiente al de la publicación del artículo en el periódico El País, y el Juzgado anticipó así la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1998, probablemente atendidas las circunstancias singulares del caso. En casación, el recurrente alegaba que como día de inicio del cómputo de la caducidad había de fijarse el de la desestimación del recurso de amparo por el Tribunal Constitucional.

El Tribunal Supremo reitera aquí que «según el ya citado artículo 1.2 de la Ley Orgánica 1/1982, el carácter delictivo de la intromisión no impide en ningún supuesto el recurso al procedimiento civil de tutela judicial previsto en el artículo 9 de la misma Ley, lo que implica que el plazo de caducidad corra sin interrumpirse ni suspenderse desde que el perjudicado pudo inicialmente ejercitar la acción civil para obtenerla». Ante las alegaciones del actor, que se refieren a la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo sobre la cuestión, anteriormente reseñada, sobre la que se muestra disconforme y entiende que no son aplicables al caso por haberse interpuesto un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo entiende que este recurso, contra un auto de la Audiencia Provincial confirmatorio de otro del Juzgado, no impide el ejercicio de una acción ante la jurisdicción civil en protección del derecho al honor, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1996 (RJ 8942).

De nuevo la argumentación del Tribunal Supremo genera perplejidad. Por un lado existe la prohibición de sostener acciones judiciales de modo paralelo por unos mismos hechos y, por otro, parece que pendiendo un pleito ante el Tribunal Constitucional por unos determinados hechos no procede iniciar pleito sobre los mismos ante otra jurisdicción. Con todo, también es cierto que la dilación que supondría la sentencia civil final sobre el enjuiciamiento de unas manifestaciones realizadas muchos años atrás, más de catorce, parece obvio que vulneraría el sentido del plazo de caducidad cuatrienal de la LO 1/1982. Con esta quinta sentencia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre caducidad y efectos excluyentes de la opción en materia de honor va ganando consistencia.

5. *Dos sentencias de casación con unas mismas partes y una nueva ratio decidendi: la reserva de acciones civiles en el pleito penal no permite dos juicios sobre protección del honor*

La existencia de pleitos distintos entre unas mismas partes en materia de derecho al honor no supone un caso excepcional en la jurisprudencia española, sino todo lo contrario. Así, en 2004, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en dos ocasiones, en las sentencias de 14 de julio y de 30 de diciembre de 2004, sobre insultos, y otras actuaciones contrarias al derecho al honor, proferidos por un vecino de Casalarreina (La Rioja) contra el alcalde del municipio. En el caso concurría la circunstancia adicional, no concurrente en el resto de los casos analizados, que el demandante perjudicado tenía la condición de autoridad, en los términos de los arts. 24, 215 y 634 del CP.

En esta ocasión, el Tribunal Supremo no podía alegar el carácter de estrictamente privado del delito y de la correspondiente acción penal por calumnias o injurias, lo que impedía apreciar la caducidad de la acción civil, por ejercicio de la penal, ni tampoco la incompatibilidad o imposibilidad de ejercicio de la misma por haber optado ya el perjudicado por la acción penal. Con todo, el Tribunal Supremo encuentra argumentos que le permiten desestimar el recurso de casación, igual que en todos los casos anteriores en que había precedido un pleito penal. Y ello teniendo en cuenta, además, que el actor se había reservado las acciones civiles derivadas del delito o falta para ejercitarlas en un pleito posterior, y aquí, como se verá, radicó fundamentalmente su error.

De los antecedentes de hecho se deduce que entre alcalde y vecino mediaba un enfrentamiento derivado de la orden municipal de cierre del bar que regentaba el segundo por no subsanación de los defectos de insonorización en el mismo apreciados. En la primera de las sentencias, la de 14 de julio de 2004, los concretos hechos enjuiciados consistían en el lanzamiento desde una ventana de tres huevos al alcalde, uno de los cuales le impactó en la cara, mientras encabezaba una comitiva por las calles de la localidad, el 16 de junio de 1996, junto con la expresión de determinadas manifestaciones contrarias a su persona, tales como «dedícate a gobernar y no quites el pan a mis hijos». En el segundo caso, resuelto por la sentencia de 30 de diciembre de 2004, el vecino había manifestado mediante una pancarta que «El alcalde cierra este bar por venganza», colgada el 5 de agosto de

1996 y mantenida durante todo ese mes en la misma localidad de Casalarreina.

El alcalde agraviado ejerció la protección de su derecho al honor mediante dos acciones penales relativas a las dos intromisiones reseñadas. En ambos casos, los tribunales apreciaron la existencia de acción delictiva. Sobre el lanzamiento de huevos y manifestaciones insultantes, en sentencia de 6 de noviembre de 1996, el Juzgado declaró que tales hechos eran constitutivos de «una falta contra el respeto y consideración que se debe a toda autoridad en el ejercicio de sus funciones, recogida y penada en el artículo 634 del Código Penal» y condenó al denunciado «a la pena de diez días de multa a razón de 1.000 ptas de cuota diaria, con un día de arresto sustitutorio por cada dos cuotas diarias en caso de impago». Sobre los segundos hechos, en sentencia de 23 de octubre de 1998, el Juzgado condenó al denunciado, igualmente con base en el art. 634 CP, «como criminalmente responsable en concepto de autor de una falta de respeto y consideración debida a la Autoridad, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de multa de 20 días, a razón de una cuota diaria de 1.000 ptas., con arresto sustitutorio, en caso de impago por insolvencia, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas». La Audiencia Provincial de La Rioja estimó igualmente la existencia de lesión al honor (21). En las respectivas querellas criminales, el alcalde querellante hizo uso de la facultad reconocida en el artículo 109 CP y se reservó las acciones civiles «a fin de exigir, ante la jurisdicción civil, la indemnización de los daños materiales y perjuicios morales» sufridos por los hechos objeto del pleito penal.

Con posterioridad, y entendiéndolo hacer con base en la anterior reserva de acciones civiles, el alcalde inició dos nuevos pleitos en protección de su derecho al honor al amparo de la LO 1/1982. La primera demanda se interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia de Haro el 2 de abril de 1998, y la segunda ante el mismo juzgado el 7 de diciembre de 1998. En ambos casos es evidente que no habían transcurrido más de cuatro años desde la comisión de los hechos y, por tanto, el plazo de caducidad de cuatro años previsto en el art. 9.5 de la LO 1/1982. Sin em-

---

(21) Tal como señala el Tribunal Supremo en la sentencia, de acuerdo con la jurisprudencia de su Sala 2.<sup>a</sup> en relación con el art. 570 del CP de 1973, la falta de respeto y consideración debida a la Autoridad del art. 634CP «comprende la injuria leve a la persona que ostenta la autoridad», que para los que no son autoridades prevé el art. 620.2 CP y sólo es perseguible mediante denuncia.

bargo, y de modo singular, en ambas demandas el actor solicitaba del juzgado, además de la determinación de las consecuencias civiles de los hechos penalmente enjuiciados, que de manera preliminar declarara también la existencia de una intromisión ilegítima en su derecho al honor.

En relación con la primera demanda, el Juzgado de Primera Instancia de Haro, en sentencia de 2 de abril de 1998, declaró la existencia de una intromisión ilegítima en el honor del actor provocada por el lanzamiento de huevos y por las manifestaciones injuriosas, a pesar de la condena penal previa, y fijó una indemnización de 500.000 ptas en concepto de indemnización por daño moral más la condena a publicar la sentencia en el periódico «El Correo» en su edición de La Rioja. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, en sentencia de 25 de mayo de 1999 (AC 5998), y revocó la de instancia absolviendo al demandado. En relación con la segunda demanda, el mismo juzgado, en sentencia de 13 de mayo de 1999, la desestimó, decisión que fue confirmada por la Audiencia Provincial en sentencia de 18 de septiembre de 2000 (JUR 289745).

Para desestimar ambos recursos de casación, por haber existido pleito penal previo, y confirmar las sentencias de apelación, el Tribunal Supremo no podía ampararse en los argumentos utilizados en las sentencias precedentes aquí reseñadas. En primer lugar, no podía apreciar la caducidad de la acción, pues desde que se produjeron los hechos hasta la interposición de la demanda civil no habían transcurrido más de cuatro años, pero fundamentalmente porque al tener la falta declarada naturaleza pública y ser perseguible de oficio, por ser autoridad el ofendido, la existencia de un juicio penal sí que podía suspender aquí el cómputo del plazo de caducidad conforme al art. 114.1 LECrim. En segundo lugar, tampoco podía recurrir a la teoría de la opción, pues aquí las faltas sancionadas no tenían un carácter o naturaleza privada y sí pública. Por último, el actor había hecho reserva expresa de acciones civiles, es decir, solicitó que el pleito penal previo sobre honor no impidiera un pleito civil posterior por los mismos hechos. Sin embargo, a la hora de ejercitar las acciones civiles fue donde el actor erró por dos veces.

En lugar de limitarse a solicitar la determinación de los remedios civiles resarcitorios que correspondían por la intromisión ilegítima penalmente ya declarada, el actor solicitaba que el tribunal volviera a pronunciarse sobre este carácter de los hechos, ahora según los criterios de la LO 1/1982, y que volviera a tutelar su derecho al honor con un remedio declarativo, cosa que claramente no podía hacer, pues hubiera

supuesto juzgar dos veces unos mismos hechos por un mismo concepto (22). Así lo manifiesta con autoridad y claridad el Tribunal Supremo en la primera de sus sentencias, la de 14 de julio de 2004, al analizar el sentido del apartado 2 del artículo 1 de la LO 1/1982:

«Ciertamente es que este precepto, tras su nueva redacción por la disposición final 4ª de la Ley Orgánica 10/95 del Código Penal, permite acudir al procedimiento de tutela judicial previsto en su artículo 9 pese al carácter delictivo de la intromisión; pero también lo es que dicha facultad no debe interpretarse como una compatibilidad simultánea y absoluta, acumulativa en suma, de ambas vías, de modo que en las dos pueda llegarse a condenar la misma intromisión como ilícito penal y como ilícito civil, pues entonces se vulneraría el principio prohibitivo de la doble sanción de un mismo hecho ya que la LO 1/82 no tiene una finalidad exclusivamente indemnizatoria. Por tanto, la interpretación conjunta de los artículos 111, 112, 114 y 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 109.2 del Código Penal, 1092 del Código civil y 1.2 de la Ley Orgánica 1/82, permite concluir que la acción civil que en este caso tenía el hoy recurrente era la de responsabilidad civil, nacida de la falta, ya apreciada por sentencia penal firme, responsabilidad civil a determinar según los criterios de la LO 1/82 por expresa precisión de su artículo 1.2 pero sin que ello suponga una remisión total a la misma Ley Orgánica sino, únicamente, a los apartados 2 y 3 de su artículo 9 en cuanto reguladores de la indemnización del perjuicio. Y como resulta con toda claridad que el hoy recurrente no ejercitó esa acción civil, nacida de la falta, por el procedimiento correspondiente a la cuantía de la indemnización solicitada, sino una acción de protección inte-

---

(22) Con todo, existen precedentes de esta doctrina, así en la STS 29.1.1993 (RJ 515), en el caso era el actor quien solicitaba la determinación de las consecuencias resarcitorias, conforme a la LO 1/1982, de un delito de desacato, declarado por sentencia penal, en cuyo procedimiento el perjudicado se había reservado el ejercicio de acciones civiles. Eran aquí los demandados condenados que alegaban la existencia de un doble pronunciamiento por honor, cosa que no era cierto, puesto que el demandante no solicitaba la declaración del carácter de intromisión ilegítima de los hechos, ya declarada por la jurisdicción penal y sólo la de sus consecuencias resarcitorias, por lo que el TS, al desestimar el motivo, y defendiendo la actuación de la AP, afirma que «la jurisdicción civil no se va a pronunciar “nuevamente”, como con craso error entiende el recurso, sobre la cuestión penal sino únicamente, como se ha hecho, sobre el “quantum” de la indemnización, en caso de ser procedente».

gral de su derecho al honor por la vía procesal específica prevista en la Ley 62/78, pretendiendo un nuevo enjuiciamiento de los mismos hechos ya enjuiciados y sancionados por la jurisdicción penal» (RJ 4).

En la segunda sentencia, la de 30 de diciembre de 2004, el Tribunal da por reproducido el fundamento de derecho de la primera y recuerda que en el caso el recurrente en casación:

«Carece de legitimación activa para ejercitar la acción de protección civil de su derecho al honor, cuestión ésta estimable de oficio por esta Sala según su jurisprudencia (Ss. de 30 de mayo de 2002 y 7 de julio de 2004). Optó por la vía penal en su día, y es doctrina de esta Sala que no cabe, en la interpretación de la Ley 1/82, entender que el presunto lesionado puede ejercitar la civil cuando ha elegido ya la vía penal. La sentencia de esta Sala, de 28 de septiembre de 1998, confirmada por la de 18 de febrero de 2004, así lo declaró, remitiéndonos al texto de las mismas para evitar repeticiones innecesarias.

Ciertamente que en la vía penal el recurrente se reservó el ejercicio de las acciones civiles, pero ello no puede interpretarse como significativo de que dejaba abierta la vía de la protección civil del honor, pues es contrario a la doctrina de la opción, sino que ha de referirse a las acciones civiles de responsabilidad derivadas de la condena penal.

La responsabilidad civil nacida de la condena penal en absoluto es lo mismo que la protección en vía civil del derecho al honor a través del procedimiento incidental; es exclusivamente una acción de responsabilidad civil por daños y perjuicios producidos para el delito o falta, no una acción tendente a que se declare intromisión ilegítima en el honor del recurrente» (FJ 1).

El supuesto constituye el clásico caso en que se puede afirmar que el abogado erró en su estrategia procesal, en la elección de los remedios disponibles. De acuerdo con el tenor de la sentencia, el actor habría podido ejercitar su acción en protección del honor en un pleito civil después de haberlo hecho en un pleito penal, al ser el delito o falta perseguible de oficio, pero el abogado erró claramente al interponer una acción que buscaba en primer lugar, y sin ser necesario, la declaración de existencia de una intromisión ilegítima al honor cuando ésta ya había sido declarada en la jurisdicción penal y lo único que procedía ante la

civil era seguir un pleito ejercitando los remedios civiles frente al delito o falta contra el honor ya declarado, como consecuencia de la expresa reserva de acciones civiles realizada, por otro lado innecesaria. Así se lo reprocha el Tribunal Supremo en la primera sentencia al actor, al afirmar el fracaso de la acción civil: «por el erróneo planteamiento de la demanda sólo imputable al hoy recurrente, el cual tenía que haber presentado en vía civil una reclamación de cantidad por el perjuicio que le había causado la falta del artículo 634 del Código Penal».

La doctrina sentada en ambos casos es clara y no ofrece dudas: cabe la reserva de acciones civiles en los pleitos penales por honor, conforme al art. 112.1 LECrim, pero esta reserva se restringe a las consecuencias civiles de las intromisiones ilegítimas previstas en la LO 1/1982, ya declaradas existentes por el juez penal. Terminantemente no procede volver a enjuiciar el carácter ilegítimo de la intromisión conforme a los criterios de la LO 1/1982, puesto que ello ya se ha sometido a juicio penal. Para el caso en que el juez penal no aprecie el carácter delictivo de los hechos (23), la acción civil queda excluida de acuerdo con la teoría de la opción, sin que la reserva expresa de acciones civiles hecha por el actor pueda impedir este efecto ni tenga consecuencias ulteriores (24). Sólo si el delito o falta es perseguible de oficio,

---

(23) Lo que no es equivalente a acabar en condena del denunciado, puesto que la ausencia de condena penal puede implicar la responsabilidad civil, cfr. Jesús María SILVA SÁNCHEZ, «¿"ex delicto". Aspectos de la llamada "responsabilidad civil" en el proceso penal», en *InDret* 3/2001; véanse también sobre la materia las aportaciones del volumen colectivo Julio MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ (dir.), *Responsabilidad civil "ex delicto"*. Cuadernos de Derecho Judicial. XVI-2004, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005.

(24) El sentido de ambas resoluciones contrasta con el de la anterior STS de 26.11.2002 (RJ 10416, MP: Alfonso Villagómez Rodil). En el caso, el actor era subinspector de hacienda, y en el ejercicio de sus funciones, el 26 de marzo de 1990 se había desplazado a una sucursal bancaria en Madrid para realizar una inspección en la cuenta bancaria de la que era titular el demandado, el cual, a las puertas de la mencionada sucursal, le propinó «una sonora bofetada en la mejilla izquierda que le dejó la cara enrojecida al tiempo que profirió insultos contra el mismo, llamándole "soplapollos y gilipollas"». Por estos hechos se siguió pleito penal a instancias de la abogacía del Estado. El subinspector agraviado no fue parte del pleito, ni como denunciante, acusador privado o querellante, y sin que tampoco se le considerara como perjudicado por el delito y se le hiciera ofrecimiento de acciones, sólo intervino como testigo. Se dio la circunstancia que no se ejercitaron acciones civiles ni por el Ministerio Fiscal ni por el abogado del Estado. El pleito penal finalizó por sentencia de 26.11.1992 del Juzgado Penal núm. 14 de Madrid que condenó a Juan Marcelo B. F. como autor de un delito de atentado del artículo 231.2 del Código Penal de 1973, a la pena de seis meses y un día de prisión menor, suspensión de cargo público y derecho de sufragio por dicho tiempo. Una vez finalizado el pleito penal, el mencionado subinspector inició un pleito civil en protección de

atendida la personalidad del ofendido, entonces sí que procederá iniciar un pleito civil ulterior si el pleito penal no aprecia el carácter ofensivo de los hechos, pero como nuevo pleito, sin que la reserva de acciones en este caso sirva para nada, pues éstas sólo afectan al ejercicio de la responsabilidad civil dimanante del delito o falta (25). Esta constituye la última sentencia dictada por el Tribunal Supremo, que conste, sobre la materia, con unos efectos clarificadores notables del diseño de las estrategias procesales a seguir en la práctica y en consolidación de la línea jurisprudencial iniciada en 1998.

*6. Un primer filtro de constitucionalidad: la doctrina de la caducidad de la acción no vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, según el Tribunal Constitucional*

Hasta aquí la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha abordado la cuestión objeto de este trabajo y que, como se ha visto, ha sido

---

su derecho al honor que se basaba en el carácter de intromisión ilegítima de los hechos declarados probados en el pleito penal. El Juzgado de Primera Instancia núm. 55 de Madrid, en sentencia de 28.6.1994, desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 10, en sentencia de 3.3.1997 (AC 1997/471) estimó el recurso de apelación y condenó al demandado a indemnizar al actor con una cantidad de un millón de pesetas por la intromisión ilegítima en su derecho al honor. En casación, el recurrente basaba sus alegaciones en el carácter de cosa juzgada de los hechos objeto del pleito. El Tribunal Supremo, sin embargo, desestimó el recurso al entender que aquí no procedía afirmar la extinción de la acción civil por haberse seguido previamente una acción penal por unos mismos hechos. A criterio del TS era evidente que el delito enjuiciado era de los perseguibles de oficio y no comprendía los de calumnias e injurias, no había un juicio sobre el honor del agraviado, y el actor no había sido parte del mismo, de modo que había conservado intacta su acción civil, todo ello con cita de la STC 77/2002, de 8 de abril, y STC 241/1991, de 16 de diciembre. Para el TS, en el caso «no se trata de proceso penal pendiente ni tampoco que la jurisdicción civil hubo de fundamentar su resolución exclusivamente en la existencia de un delito», con lo que «nada obsta a que el funcionario o autoridad personalmente afectado por los hechos puede, una vez concluido el proceso penal, continuar con el ejercicio de la acción civil de protección a su honor cuando ha sido atacado» (FJ 1).

(25) Como se verá, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha reintroducido el carácter público de los delitos de calumnias e injurias contra autoridades y funcionarios, con una nueva redacción del segundo inciso del art. 215 del CP. En este caso, cabría la duda de si un pleito penal iniciado a instancias del ofendido, por querrela o denuncia, y no de oficio por el ministerio fiscal, tendría el mismo efecto preclusivo o excluyente de la acción civil. En mi opinión entiendo que sí, en la medida en que se permite a autoridades y funcionarios iniciar un pleito civil sin obligación de seguirse previamente uno penal, así que el efecto debería ser el mismo, si la parte ha optado libremente por acudir en primer lugar a la vía penal.



profusa en 2004. En cinco de las seis sentencias de este año, el Tribunal Supremo pone especial énfasis en recordar que la doctrina sentada en su sentencia de 28 de septiembre de 1998 ha sido objeto ya de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que fue desestimado (26). Con ello, quizá por su novedad, falta de fundamento legal expreso y una cierta inseguridad por los reparos que plantea, el Tribunal Supremo justifica que la doctrina ha superado un primer filtro de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y que goza de toda legitimidad. Sin embargo, el Tribunal Supremo silencia, al invocar únicamente el sentido desestimatorio del fallo, que el Tribunal Constitucional sólo se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la doctrina de la caducidad de la acción civil, por falta de suspensión del cómputo de su plazo, en términos de respeto al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). La teoría de la opción, tal como la ha formulado el Tribunal Supremo, en relación con la protección del derecho fundamental al honor, no fue objeto de juicio de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional.

En efecto, Isabel Preysler interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1998, por escrito de 4 de noviembre de 1998. En el recurso, se solicitaba amparo ante el Tribunal Constitucional por supuesta vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 24.1 CE, al entender que la mencionada sentencia del Tribunal Supremo realizó «una interpretación irrazonable y arbitraria de la legalidad que le deniega el acceso al proceso». La recurrente destacaba que la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional carecía de apoyo normativo alguno, y ello era especialmente relevante para una decisión que impedía el ejercicio de las acciones previstas por el ordenamiento en protección de su derecho a la intimidad. A su vez, la interpretación del art. 9.5 de la LO 1/1982 debía entenderse restrictiva en relación con la protección de los derechos fundamentales. El ministerio fiscal afirmó, de modo preliminar, compartir los argumentos de la recurrente, abundando en el hecho que el recurso de amparo no planteaba una cuestión de mera legalidad ordinaria, y afirmando que la sentencia del tribunal penal en ningún caso se pronuncia sobre una posi-

---

(26) La sentencia del TS de 20.7.2004 no hace referencia a la STC 77/2002, a pesar de basarse en la doctrina de la caducidad y de la jurisprudencia sentada sobre la misma. Cabe entender implícita la cita en la STS de 30.12.2004 por la remisión que hace a los fundamentos jurídicos de la STS de 17.7.2004. Sorprende que la STS de 22.11.2002 no recurra a la cita de la STC 77/2002 a pesar de ser siete meses posterior.

ble acción civil en defensa del derecho al honor. En su escrito de alegaciones, de 5 de marzo de 2001, el ministerio fiscal interesó la concesión del amparo, y argumentó directamente tanto contra la teoría de la opción como contra la doctrina fijada en materia de caducidad.

Los términos del debate se centraron ante el Tribunal Constitucional en la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, por haberlo invocado así la recurrente, mientras que el derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del art. 18 CE no se alegaba directamente como vulnerado. Planteado así el objeto de la decisión, al Tribunal Constitucional le bastó para reconducir su análisis a la interpretación y aplicación que el Tribunal Supremo había hecho del art. 9.5 LO 1/1982 en materia de caducidad, como máximo intérprete que es de la legislación ordinaria. En la medida en que la interpretación del ordenamiento que conduce a la teoría de la caducidad fuera razonable, como *ratio decidendi* de la sentencia de casación, el Tribunal Constitucional no debería entrar en un análisis ulterior para no otorgar el amparo. Así lo hizo, en una elocuente argumentación en que reitera los presupuestos del respeto al derecho a la tutela judicial efectiva, en la aplicación de la legalidad ordinaria por parte de los tribunales, especialmente en materia de plazos de prescripción y caducidad.

El Tribunal Constitucional entiende que la decisión del Tribunal Supremo «supera el canon de razonabilidad, arbitrariedad y error patente» necesario para afirmar que es conforme a la Constitución en materia de aplicación e interpretación de la legalidad ordinaria, y ello conforme al propio análisis que el Tribunal Constitucional lleva a cabo de los fundamentos de la decisión del Tribunal Supremo. De modo preliminar el Tribunal Constitucional realiza un recordatorio de su doctrina sobre la relación entre acciones civiles y penales en materia de honor, recogida en su sentencia 241/1991, de 16 de diciembre. En lo fundamental, en esta decisión el Tribunal Constitucional entendió el derecho de opción del perjudicado en el sentido que no podía imponerse la obligación de seguir un pleito penal previo por honor para poder acceder a la jurisdicción civil. Con base en ello decide el supuesto de hecho sometido al recurso de amparo, del siguiente modo:

«En consecuencia, en lo que se refiere a la primera de las especialidades de las que arranca el Tribunal Supremo en la Sentencia aquí recurrida en amparo, cabe afirmar que, tratándose de hechos que de ser constitutivos de delito serían perseguibles sólo a instancia de parte, siempre ha reconocido el derecho de op-

ción por la protección a través de la jurisdicción penal o la civil. A esta jurisprudencia constante se acomodó también en la resolución aquí impugnada, haciéndolo explícito en el fundamento jurídico tercero, párrafos quinto, duodécimo, decimotercero y decimosexto, sin que, de otra parte, la existencia de tal opción haya sido cuestionada en sí misma, sino en las consecuencias que de su ejercicio ante la jurisdicción penal se pudieran derivar en orden a la subsistencia de la acción civil. A ello nos referiremos a continuación.

5. La segunda peculiaridad o singularidad del supuesto enjuiciado por el Tribunal Supremo en la Sentencia objeto de este recurso de amparo reside en la trascendencia que se otorga al hecho de que el plazo para el ejercicio de las acciones de protección establecidas en la Ley Orgánica 1/1982 sea de caducidad y no de prescripción. Tal circunstancia hace que, en el segundo de los argumentos de la Sentencia impugnada, al que ahora ceñimos nuestro razonamiento, se entienda que cuando se formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, tras el sobreseimiento de la causa penal, el plazo de caducidad de la acción había ya vencido porque el ejercicio de la acción penal no supuso interrupción ni suspensión de su curso, lo que determina la absolución de la demanda.

El Tribunal Supremo parte del hecho cierto de que el legislador ha acudido al instituto de la caducidad de la acción por el transcurso de cuatro años, plazo que, no sobra recordar, es bastante más dilatado que los de un año y seis meses establecidos tanto para la prescripción de los delitos de calumnias o injurias en el art. 113 del entonces vigente Código penal como en el art. 1968 del Código civil en relación con "la acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia". A continuación razona el supremo intérprete de la legalidad ordinaria que, por tratarse de un plazo de caducidad el ejercicio de la acción penal por la que primeramente optó la demandante de amparo, no puede producir el efecto de la interrupción ni de la suspensión del plazo de caducidad sin una previsión normativa expresa que así lo establezca. Es la singularidad de que la norma legal acuda al instituto de la caducidad para regular el plazo de ejercicio de la acción de protección civil del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen (arts. 1.1 y 9.5 Ley Orgánica 1/1982), y, consiguientemente, la certeza en las relaciones jurídicas que con ello se afirma que pretende el legislador ordinario, lo que lleva al Tribu-

nal Supremo a apreciar, en el segundo de los razonamientos esgrimidos para casar la Sentencia allí recurrida, que en los supuestos en que la persecución penal es privada existe un distinto régimen jurídico de articulación del ejercicio de la acción civil regulada en la Ley Orgánica 1/1982 en relación a la penal, separándose así de la ordenación general establecida en los arts. 100 a 117 LECrim. Se inicia de esta manera, motivadamente, una línea jurisprudencial que luego alcanza continuidad, y acaso mayor claridad expositiva, en la ya citada Sentencia de 31 de julio de 2000 (en la cual se afirma tajantemente la inaplicabilidad del art. 114 LECrim) y que, por arrancar del hecho cierto y diferencial de la caducidad de la acción civil establecida en el art. 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982 por el transcurso de cuatro años, no pasa de constituir una cuestión relativa a la interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria que, con los límites expuestos con anterioridad por referencia a nuestra STC 160/1997, de 2 de octubre, corresponde en exclusiva a los órganos de la jurisdicción ordinaria en virtud de la delimitación que de sus funciones se efectúa en el art. 117 CE según la interpretación mantenida por este Tribunal al delimitar su propia jurisdicción» (FJ 4 y 5).

Estos fueron los términos estrictos de la decisión del Tribunal Constitucional sobre la «constitucionalidad» de la doctrina de la caducidad sentada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de septiembre de 1998, en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. El Tribunal Constitucional, con todo, no manifiesta una especial coincidencia con el criterio del Tribunal Supremo, puesto que pone empeño en recordar que «hemos precisado, y tenemos que reiterar con énfasis ahora, que de ello no se deduce que este Tribunal comparta o haga suya la interpretación de la legalidad ordinaria llevada a cabo por la Sentencia objeto de la demanda de amparo» (FJ 3).

Es en el último párrafo de la sentencia que el Tribunal Constitucional recuerda que la recurrente en amparo sólo ha invocado como lesionado el derecho fundamental a la tutela judicial «orillando cualquier consideración atinente al derecho fundamental sustantivo, el derecho al honor». De modo que podría ser inconstitucional la mencionada interpretación de la legalidad ordinaria sobre la no suspensión del cómputo del plazo de caducidad en relación con este derecho, y más todavía si se atiende a los efectos de la llamada teoría de la opción desarrollada y completada por el Tribunal Supremo en su sentencia. En relación con esta última posibilidad, el Tribunal Constitucional afirma que «basta

con que uno de los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo supere el canon de constitucionalidad» para que se estime respetado el derecho a la tutela judicial efectiva y se deba desestimar el recurso de amparo. Más si se tiene en cuenta el contenido del recurso y los derechos fundamentales que fueron invocados como infringidos.

Con esta decisión de compromiso, el Tribunal Constitucional evita enmendar de nuevo la plana al Tribunal Supremo en un «caso Preysler», cuestión que ya le ha dado suficientes quebraderos de cabeza en sus relaciones con «el supremo intérprete de la legalidad ordinaria», como así califica al Tribunal Supremo (27). Sin embargo, el Tribunal Constitucional, como resulta del último párrafo de la sentencia, manifiesta que se reserva la opción, valga la redundancia, de apreciar en el futuro la inconstitucionalidad de la teoría de la opción, con sus efectos excluyentes de la acción civil, por ser contraria a la protección del derecho fundamental al honor consagrado en el art. 18.1 CE, pero también al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE en relación con el anterior, claro está, siempre que se plantee como objeto del recurso (28). De momento el Tribunal Constitucional deja al Tribunal Supremo a su suerte para desarrollar y consolidar esta doctrina, como así ha hecho y se ha podido constatar en las páginas precedentes, y a las Audiencias Provinciales en la tesitura de acatarla y aplicarla, como se verá en las que siguen.

---

(27) La decisión del TC hace bueno el pronóstico de Fernando GÓMEZ POMAR, «El asunto Preysler y la teoría de juegos», en SALVADOR CODERCH / GÓMEZ POMAR, *Libertad de expresión y conflicto institucional*, cit., pp. 83 y ss., en este estudio, con base en la teoría de juegos, el autor aventura que la posición del TS en el conflicto con el TC ha salido reforzada del envite Preysler en 2001 y que el TC «decidirá en la siguiente ocasión a favor de la libertad de información y el TC no anulará la sentencia del TS» (p. 98), lo que claramente así ha sucedido.

(28) «En efecto, aun cuando el otro de los argumentos empleados por el Tribunal Supremo para casar la Sentencia recurrida (que el ejercicio de la acción penal lleva consigo el efecto de la extinción de la acción civil por tratarse del ejercicio de un derecho de opción) pudiera resultar lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva en la medida en que cupiera entenderse que contradice frontalmente lo dispuesto en el art. 116 LECrim, basta con que uno de los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo supere el canon de constitucionalidad con el que venimos enjuiciando en amparo resoluciones judiciales del género de la ahora considerada para que hayamos de estimar que el derecho a la tutela judicial efectiva ha sido respetado y, en consecuencia, resulta procedente la desestimación del recurso de amparo» (FJ 6). SANTOS VIJANDE, *Algunas cuestiones relevantes para la efectividad en la protección jurisdiccional del honor, la intimidad y la propia imagen*, cit., critica especialmente esta última aseveración y, en general, el sentido de toda la resolución.

### 7. La postura de las Audiencias Provinciales y de los Juzgados

De las nueve sentencias del Tribunal Supremo objeto de la línea jurisprudencial comentada, en todas ellas no se da lugar a la demanda de protección civil del derecho al honor solicitada por los actores, por los diferentes motivos reseñados. La estimación o desestimación del recurso de casación supone en cuatro ocasiones anular los fallos estimatorios coincidentes de Audiencia y Juzgado, con desestimación de la demanda originaria, mientras que en tres ocasiones confirmar ambos fallos supone también desestimar la demanda de instancia, en un caso solo el Tribunal Supremo anuló la sentencia de apelación que estimativa la demanda, a diferencia de lo que había hecho la de instancia, mientras que en el caso restante la situación fue la contraria.

De entre las decisiones de instancia destacan las que dieron lugar a la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2000, puesto que tanto el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Badajoz, en sentencia de 14 de julio de 1994, como la Audiencia Provincial de Badajoz, Secc. 2.<sup>a</sup>, en sentencia de 29 de diciembre de 1994, cuatro años antes que lo hiciera el Tribunal Supremo en 1998, fundamentaron la resolución del pleito, como *ratio decidendi*, en la teoría de la caducidad de la acción civil al no quedar suspendido el transcurso de su plazo «por el enjuiciamiento criminal de los mismos hechos». La Audiencia Provincial recuerda, en su argumentación, la doctrina del Tribunal Constitucional establecida en su sentencia 241/1991, de 16 de noviembre, sobre la posibilidad de opción del perjudicado, pero sin anticipar aquí las consecuencias excluyentes para la acción civil del ejercicio de la acción penal, que propiamente desarrollará el Tribunal Supremo.

En el caso que dio lugar a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2004, el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Córdoba, en sentencia de 24 de julio de 2000, acogió la excepción de caducidad, una vez ya pronunciada la sentencia de 28 de septiembre de 1998, a pesar de que la Audiencia Provincial estimó que la caducidad no procedía por entender que el *dies a quo* había sido un día más tarde al que apreció el juzgado.

Finalmente, también las sentencias que dieron lugar a la del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2004 acogieron la excepción de caducidad de la acción para desestimar la demanda. En los demás casos, el efecto deslegitimador y devastador sobre la pretensión civil en protección del derecho al honor de la decisión del Tribunal Supremo, sea por la caducidad de la acción como por la teoría de la opción, ante la postura prudente adoptada por Audiencias y Juzgados, es evidente.

En las sentencias posteriores de las Audiencias Provinciales y de los Juzgados, en que sí se ha podido tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se aprecia en algunas de ellas la misma perplejidad o sorpresa por la doctrina establecida que en estas páginas se manifiesta. De hecho, con anterioridad a la sentencia de 28 de septiembre de 1998, el Tribunal Supremo apenas había tenido ocasión de apreciar la caducidad de una acción amparada en la LO 1/1982 (29). Ello provoca que en algunos casos se discuta por las Audiencias Provinciales la nueva doctrina sentada en la sentencia y hasta se decida en sentido contrario, se silencie la misma o bien se formule un voto particular en contra. Sin embargo, son mayoría las sentencias de las Audiencias Provinciales que van aplicando ya esta nueva doctrina de un modo que parece imparable, pero con la cautela, en las más, de argumentar y decidir también sobre el carácter no ilegítimo de la intromisión, según los criterios de la LO 1/1982, a modo de tímido refuerzo de la decisión.

Sobre la doctrina de la caducidad, la AP de Orense, en sentencia de 5.6.1999 (AC 6949), aprecia la caducidad de la acción civil, conforme al art. 9.5 LO 1/1982, al entender que su cómputo no se ha suspendido por haberse seguido un pleito penal previo. En esta sentencia todavía no se halla la cita de la STS de 28.9.1998. En el caso, la demanda traía causa de un artículo publicado en el diario «Faro de Vigo», en su edición de 15.3.1992. El pleito penal terminó por auto de sobreseimiento de 22.2.1994, y no fue hasta el 14.2.1997, tres años más tarde, en que se interpuso demanda civil en protección al derecho al honor.

En el caso resuelto por la AP de Cuenca, en sentencia de 6.6.2001 (JUR 227719), los hechos objeto de la demanda se produjeron el 3.1.1996, y la demanda rectora del procedimiento se presentó tras el 3.2.2000. Con anterioridad se había seguido un pleito penal con el mismo objeto, iniciado por denuncia de 10.1.1996. Una vez concluido el proceso penal, se siguió un primer proceso civil en que el demandado resultó absuelto en la instancia al apreciarse un defecto legal en el modo de interponer la demanda. El JPI núm. 1 de Cuenca no admitió la excepción de caducidad al entender que ésta había quedado suspendida por la tramitación de un pleito penal. Por su parte, la AP entendió que

---

(29) Constan con anterioridad las STS de 28.5.1990 (RJ 4090) y 20.4.1991 (RJ 2727), de que se trata *infra* II.9.

cabía resolver el pleito aplicando la jurisprudencia sentada en la STS 28.9.1998 y apreciar la caducidad de la acción.

También la AP de Castellón, Secc. 1, en sentencia de 11.6.2001 (JUR 2002/29411) siguió la doctrina establecida en la STS 28.9.1998. En el caso, los hechos se produjeron el 17.3.1993 y el procedimiento penal posterior de faltas en protección del honor no finalizó hasta el 22.5.1996, por auto de sobreseimiento. El actor tardó todavía un año largo, hasta el 7.7.1997, para interponer la demanda. El JPI núm. 1 de Villarreal, en sentencia de 26.7.2000 apreció la existencia de caducidad, sentencia que fue confirmada por la AP con la misma argumentación y siguiendo el criterio sentado por el TS.

De modo fatal apreció los efectos de la caducidad la AP de Madrid, Secc. 13, en sentencia de 8.7.2002 (JUR 2003/48716), con apoyo expreso en la STS 28.9.1998. En el caso, el actor inició un pleito de protección al honor con demanda de 11.2.2000, en que los hechos derivaban del seguimiento de diversos pleitos penales contra su persona por delitos de los que fue absuelto. El último pleito penal terminó por resolución penal firme dictada en 1995. Con posterioridad presentó demanda civil ante el JPI núm. 5 de Alcobendas que, por auto de 17.3.1997, se declaró incompetente territorialmente, auto que fue confirmado por la AP de Madrid el 5 de febrero de 1999. La AP de Madrid, en apelación de la sentencia recaída en el pleito ante el juzgado, considera que la iniciación del primer procedimiento civil no ha suspendido el transcurso del cómputo del plazo de cuatro años de caducidad del art. 9.5 LO 1/1982, de modo que la acción debe declararse caducada, con base en el principio de legalidad.

De modo aun más contundente, la AP de Málaga, Secc. 4, en auto de 24.3.2003 (JUR 217216) confirma el auto de sobreseimiento pronunciado por el JPI, que apreció caducidad de la acción en protección del derecho al honor, al haber seguido previamente la actora un pleito penal iniciado por querrela. Con base en el art. 416 LEC, la AP confirma el criterio del JPI de no permitir la prosecución del pleito en esta fase inicial

En sentencia de la AP de Las Palmas, Secc. 4, de 2.9.2003 (JUR 79925), los hechos que dieron lugar al pleito databan de noviembre de 1992, el actor interpuso querrela criminal en ese mismo año, dando lugar a un procedimiento penal que finalizó por sentencia absolutoria de febrero de 1998. No fue hasta el 4.1.2001 que interpuso demanda en protección civil de su derecho al honor,



con lo que tanto el JPI, núm. 2 de San Bartolomé de Tirajana, como la AP entendieron que la acción había caducado, sin entrar siquiera a valorar el carácter ilegítimo de la intromisión.

En el caso resuelto por la sentencia de la AP de Madrid, Secc. 11, de 7 de enero 2004 (AC 1167), la intromisión ilegítima se refería a las manifestaciones realizadas sobre la relación sentimental de actora y demandado en tres programas de televisión emitidos, respectivamente, en enero de 1995, julio de 1996 y marzo de 1998, en diversas cadenas. Ante la excepción de caducidad de la acción opuesta por el demandado, la AP recogió la doctrina sentada en las sentencias del TS de 28.9.1998 y 31.7.2000, y entendió que, como tal, la acción no había caducado para el segundo y tercer programa, pero sí para el primero de ellos. La AP confirmó así la sentencia de 19.10.2001 del JPI núm. 3 de Majadahonda.

En la sentencia de la AP de Málaga, Secc. 6, 13.4.2005 (AC 912), se sigue y cita la jurisprudencia del TS aquí estudiada anterior a 2004. En el caso, el actor tuvo conocimiento de los hechos que alegaba constituían una intromisión ilegítima el 13.5.1996 y la demanda civil la interpuso el 12.2.2004, con anterioridad había seguido un pleito penal por los mismos hechos. La AP entendió que no había duda de la caducidad de la acción por el transcurso de casi ocho años, plazo no interrumpido ni suspendido por el anterior procedimiento penal.

En la sentencia de la AP de Barcelona, Secc. 14, de 6.2.2001 (JUR 14678), el tribunal sigue también expresamente la jurisprudencia del TS. Los hechos, la interposición de una sanción por el Colegio de Abogados a un colegiado, databan del año 1988. Se siguió un pleito penal posterior que finalizó por auto de sobreseimiento de 8.5.1996. El JPI núm. 32 de Barcelona desestimó la demanda por caducidad de la acción, en sentencia de 15.9.1999, al interponerse la demanda más de diez años después de los hechos. La sentencia de instancia fue confirmada por la AP, con cita expresa de las sentencias del TS de 28.9.1998 y 31.7.2000. Sin embargo, la magistrada M.<sup>a</sup> Eugenia Alegret Burgués formuló un voto particular en el que discrepaba de la opinión de la mayoría y, por consiguiente de la doctrina del Tribunal Supremo, por no ser acorde con el principio de tutela judicial efectiva y con el principio «pro actione» y tratarse en el caso, en suma, de la protección jurisdiccional de una derecho fundamental.

Si bien la doctrina de la caducidad puede generar más adhesiones y menos dudas en cuanto a la tutela del derecho al honor —cuatro años

son suficientes para haber agotado actuaciones penales, a las que se puede renunciar— el acogimiento de la teoría de la opción, pura y simplemente como tal, puede generar más reparos en cuanto al respeto a los derechos fundamentales al honor y a la tutela judicial efectiva. Por un lado, existe alguna sentencia en que se sigue y se aplica la teoría de la opción, otras en que se contradice abiertamente y, por último, casos en que se podría haber aplicado pero no resulta por no haberse apreciado previamente la existencia de una intromisión ilegítima.

La sentencia de la AP de Valladolid, Secc. 3, en sentencia de 22.10.2001 (AC 2556) expresamente no acata la jurisprudencia del TS en materia de opción, y tampoco sobre la caducidad de la acción, en que se basa principalmente la sentencia del JPI núm. 9 de la misma ciudad, de 23.11.2000. La AP de Valladolid afirma, en relación con la teoría de la opción, que «nosotros no estamos de acuerdo, y no estamos obligados a seguir al no constituir jurisprudencia, por ser el criterio allí vertido de forma aislada y no existir ninguna otra sentencia de nuestro más Alto Tribunal en el mismo sentido». La AP llega a calificar de «débiles» los argumentos de esta sentencia, y se dedica a combatirlos abiertamente en la suya, tanto en lo relativo a la teoría de la opción como a la de la caducidad de la acción. En el caso, no podía apreciarse caducidad de la acción y sólo extinción de la acción civil por ejercicio previo de la acción penal sin éxito. La actora aparecía en una noticia publicada por el diario «El Mundo», el 24.1.1997, como detenida por autora de un presunto homicidio acaecido en una localidad zamorana. El diario no publicó la totalidad de la noticia remitida por la agencia EFE, en la cual se afirmaba que la detención todavía no había sido confirmada por la Guardia Civil, y que esta detención era sólo un rumor, mientras que la información del periódico daba como segura la detención. La supresión de un párrafo cambiaba totalmente el sentido de la noticia. La AP de Valladolid entendió que concurría un supuesto de intromisión ilegítima, con condena a publicar la sentencia, sin embargo, debido a que la actora solicitaba una indemnización del juzgado que considerara «justa y procedente», a determinar en ejecución de sentencia, la AP, obviamente, omitió toda condena dineraria y dio una tutela meramente declarativa.

En el caso resuelto por la sentencia de la AP de Jaén de 9.3.2004 (JUR 134128) se manifiestan los efectos devastadores que la aplicación de la teoría de la opción puede tener sobre la acción

civil. Los hechos que se alegaba eran difamatorios databan del 9.4.2001, y por ellos se siguió pleito penal finalizado por auto de sobreseimiento de la AP Sevilla, Secc. 1, notificado el 23.5.2003. La demanda civil se presentó el 16.5.2003 y el JPI núm. 2 de Jaén, por sentencia de 11.12.2003 la desestimó con fundamento en la STS 28.9.1998. A pesar de la obviedad que la doctrina de la opción sentada en esta sentencia era aplicable al caso, al resolver en apelación la Audiencia lo negó entendiéndolo que esta sentencia se refería a la doctrina de la caducidad, que no concurría en el caso, silenciando deliberadamente la de la opción. Con todo, la AP no apreció la existencia de una intromisión ilegítima y se manifestó favorable a considerar que «la elección de la vía penal no cierra, en ningún caso la posterior acción civil, porque frente al supuesto ilícito es claro que si no está tipificado en vía penal, puede estarlo en vía civil y así se ha venido entendiendo». Afirmar que todo delito de calumnias e injurias comprende una intromisión ilegítima de las previstas en la LO 1/1982 no supone lo mismo que afirmar que fracasada la acción penal quepa iniciar una acción civil.

La AP de Barcelona, Secc. 13, en sentencia de 23.12.2004 (AC 20005/208), por contra, sí que se pronunció favorablemente sobre la teoría de la opción y la aplicó sin dudarla. Los hechos objeto del pleito derivaban de unas declaraciones realizadas en el programa «Crónicas marcianas» de 29.1.2002, consideradas injuriosas por Dña. Virginia. La actora interpuso querrela criminal por calumnias e injurias, que finalizó por auto de archivo, de 26.4.2004, del JI núm. 22 Barcelona, confirmado en apelación por la AP de Barcelona, Secc. 6, por auto de 16.10.2002 (JUR 2003/80531) (30). Con posterioridad se inició un pleito civil por difamación y el JPI núm. 20 de Barcelona, en sentencia de 17.10.2003, desestimó la demanda. No había aquí caducidad de la acción y la AP entendió que el pleito penal «lleva consigo el efecto de la extinción de la vía civil». Con todo, y de forma cautelar, la AP de Barcelona quiso afirmar que tampoco hubiera procedido apreciar una intromisión ilegítima.

El pleito anterior tuvo una réplica, pues la misma actora interpuso demanda civil por los comentarios que en una tertulia

---

(30) En los fundamentos del fallo, la AP se manifiesta «ritualmente» en contra de los efectos de la teoría de la opción: «consideramos que los hechos de la querrela no son típicos, y escapan a la protección penal, sin perjuicio del derecho de la querellante a acudir a la jurisdicción civil».

del programa «Día a Día», de 30.1.2002, de la cadena Telecinco, se hicieron sobre lo sucedido en el mencionado programa de la noche anterior, de 29.1.2002, con la emisión de fragmentos del mismo. El JPI núm. 32, con sentencia de 28.5.2003, desestimó la demanda, y lo propio hizo la AP de Barcelona, Secc. 11, en sentencia de 20.4.2005 (JUR 172371). En ésta, la AP reseñó la doctrina de la opción utilizada por la Secc. 13 cuatro meses antes, pero sin recurrir expresamente a ella por considerar que los hechos no podían constituir una intromisión ilegítima.

Cuatro años antes, la AP de Asturias, Secc. 1, en sentencia de 22.6.2001 (AC 1231), se había basado expresamente en la teoría de la opción para desestimar el recurso de apelación contra la sentencia desestimatoria de instancia. El actor había sostenido un pleito penal anterior por los mismos hechos y contra las mismas personas, acción que fue desestimada. En instancia, el juzgado no apreció la existencia de intromisión ilegítima pero tampoco la excepción de cosa juzgada que oponía el ministerio fiscal, con base en la teoría de la opción.

Sin embargo, en casos como el resuelto por la AP de Jaén, Secc. 3, en sentencia de 3 de febrero de 2003 (AC 905), consta que el actor había interpuesto una querrela criminal por los hechos objeto del posterior pleito civil, que no fue admitida a trámite, pero el tribunal no se pronuncia sobre esta cuestión con base en la teoría de la opción, que ni siquiera aparece mencionada en la sentencia. Los hechos resultaban de una rueda de prensa de 8.6.1999 en que se vertían valoraciones sobre la obra pictórica del actor. Con todo, la AP no apreció la existencia de una intromisión ilegítima, tal como había hecho el juzgado.

En el caso resuelto por la sentencia de la AP de Alicante, Secc. 4, de 30.6.2005 (JUR 194673) consta la existencia de un procedimiento penal previo por calumnias e injurias finalizado por auto de la AP de Madrid, Secc. 3, de 14.5.2001, en relación con la publicación de un artículo periodístico del que no consta ni la fecha ni el periódico ni su temática. La AP no hace ninguna referencia a la teoría de la opción para confirmar la sentencia desestimatoria del JPI núm. 4 de Sant Vicent del Raspeig, de 15.4.2004. Podría conjeturarse que los hechos fueran de fecha igual o anterior a 1999.

Tampoco la AP de Huelva, Secc. 1, en sentencia de 28.9.2005 (AC 103) desarrolló la teoría de la opción en un caso en que la actora había seguido un pleito penal anterior por calumnias. No

constan las fechas de los hechos ni tampoco de los respectivos procedimientos y la AP confirma la sentencia de instancia por no apreciar intromisión ilegítima en el honor de la actora. El recurso a la teoría de la opción no se consideró necesario.

Por último, sobre la compleja cuestión tratada por las dos sentencias del Tribunal Supremo de 2004 sobre los efectos de la reserva de acciones civiles en pleito penal previo por honor que finaliza con sentencia condenatoria o apreciando la existencia de hechos delictivos, consta una sentencia de la AP de León, Secc. 3, de 19 de abril de 2004 (JUR 171692), en que se plantea el supuesto anterior. La actora había seguido un pleito penal por injurias que finalizó en condena. En la resolución del caso, la AP obviamente no cita la jurisprudencia contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 2004 reseñadas, pero resuelve en su mismo sentido ante el tino del abogado de la actora que no pretendió una nueva declaración de existencia de intromisión ilegítima al honor y sí solamente la determinación de sus consecuencias en el orden de remedios civiles. Los demandados alegaban caducidad de la acción civil por haberse interpuesto prácticamente cuatro años después de los actos lesivos. La AP resuelve la cuestión apreciando que este plazo aún no había transcurrido, pero no se pronuncia sobre el hecho de si aquí cabría considerar el plazo suspendido por el pleito penal, y sólo afirma que «la perjudicada se reservó las acciones civiles que le correspondieran por los hechos enjuiciados, las cuales han sido ejercitadas justo al final del plazo previsto legalmente». La AP entiende que los hechos tenían fecha de 10 de febrero de 1999 y la demanda fue presentada el 10 de febrero de 2003, la sentencia condenatoria penal fue de 16 de octubre de 2002 de la misma sección de la AP de León. Con todo, a pesar de considerarse ya juzgado el carácter de intromisión ilegítima de los hechos, en el procedimiento penal, ello no evita que la jurisdicción civil vuelva a analizar su carácter para determinar los efectos resarcitorios previstos en la LO 1/1982.

Mientras las sentencias de apelación y de instancia en materia de honor se van sucediendo y se va asumiendo e integrando la nueva doctrina del Tribunal Supremo, parece indudable que todavía deben ser muchos los juzgados penales en que en el fallo se reserva al querellante la prosecución de acciones civiles del modo rituario: «con reserva a favor de la parte querellante de las acciones que en el orden jurisdiccional civil pudiera ejercitar por los posibles daños y perjuicios sufridos». Parece que desmontar la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo y hacer marcha atrás en su aplicación por las Audiencias y los

Juzgados no es tarea sencilla, tampoco alterar las prácticas de los tribunales penales, pero legislativamente quizá alguna cosa cabría hacer, sea para aclarar la situación sobre las reglas de derecho aplicables o bien para fijar un criterio distinto.

#### 8. *Antecedentes jurisprudenciales de una relación conflictiva y compleja*

La cuestión relativa a los efectos que produce el ejercicio de una acción penal previa en tutela del derecho al honor sobre una eventual acción civil posterior con el mismo objeto se plantea directamente por el Tribunal Supremo por primera vez en la sentencia de 28 de septiembre de 1998. Sin embargo, la cuestión sobre la relación entre ambas acciones había ocupado anteriormente a la jurisprudencia sobre honor en una larga polémica en sentido contrario, esto es, qué efectos cabía inferir que producía sobre la acción penal la interposición de una demanda civil previa. Su solución se produjo con una primera formulación de la teoría de la opción, por parte del Tribunal Supremo, corregida y aumentada por el Tribunal Constitucional y completada y desarrollada en la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo que nos ocupa.

La cuestión derivaba, y deriva aún, de la inexistencia de disposiciones legales concluyentes sobre la articulación del sistema de remedios penales y civiles disponibles en materia de protección del derecho al honor (31). Entonces, las dudas sobre la relación entre las tutelas civil y penal tenían un carácter dual. En primer lugar, sucedía que en pleitos civiles a instancia de particulares, los demandados alegaban la incompetencia de la jurisdicción civil por unos hechos que claramente podían ser constitutivos de delito, con lo que se daba la paradoja que era el causante de la intromisión quien solicitaba la intervención de la jurisdicción penal, lo que teóricamente podía acarrearle unas consecuencias perjudiciales más severas. En segundo lugar, cuando los actores eran autoridades o funcionarios públicos, podía suceder que iniciasen un

---

(31) Ya Santiago MUÑOZ MACHADO, «Mitos, insuficiencias y excesos en la construcción jurídica de las acciones por difamación», en *Poder Judicial* núm. 1, 1986, pp. 11 y ss., p. 13, afirmaba que junto a la delimitación de qué deba considerarse una difamación que dé lugar a las reparaciones legalmente previstas «la determinación de las características de la nueva acción civil que la ley configura, deslindándola de las vías penales que, hasta ahora, eran prácticamente las únicas efectivamente usadas para la protección del honor» constituían los dos problemas centrales que suscitaba la aplicación de la LO 1/1982.

pleito civil sin haberse seguido antes el pleito penal correspondiente por unos hechos potencialmente delictivos que podían dar lugar a una acción pública. En ambos casos se planteaba la necesidad de determinar la competencia o no de la jurisdicción civil, de los efectos prejudiciales del carácter delictivo de los hechos o bien la posibilidad de opción que asistía al perjudicado para interponer la acción civil en lugar de la penal. La «preferencia» que la Exposición de Motivos de la LO 1/1982 daba a la acción penal, así como la remisión de su art. 1.2 a la regulación penal al afirmar que «cuando la intromisión sea constitutiva de delito se estará a lo dispuesto en el Código Penal» justificaban las excepciones de los ofensores y que la cuestión se planteara ante los Tribunales (32).

En relación con el primer supuesto de conflicto de normas y de acciones, la solución era clara, puesto que al no ser un delito perseguible de oficio y sí sólo mediante la querrela criminal interpuesta por el perjudicado, no había prejudicialidad penal posible en relación con la acción civil, no era necesario determinar su carácter delictivo para apreciar la existencia de intromisión ilegítima civil, con sus consecuencias resarcitorias, ni mucho cabía apreciar la falta de competencia de la jurisdicción civil. El Tribunal Supremo estableció así la teoría de la opción, en un primer estadio, entendiendo que el perjudicado podía optar libremente por seguir un pleito civil en lugar del penal, atendido el carácter de delito privado de las calumnias y las injurias. A pesar de la falta de claridad del art. 1.2 LO 1/1982, que podía inducir a pensar que si había delito debía perseguirse la actuación en la jurisdicción penal, con las mismas consecuencias en el orden civil que las previstas en la LO 1/1982, una recta interpretación de este precepto junto con los correspondientes del CP y de la LECrim, especialmente su art. 106, llevaba a la mencionada solución. La formulación explícita de esta doctrina,

---

(32) Sobre ambas cuestiones, por todos, MUÑOZ MACHADO, *Mitos, insuficiencias y excesos en la construcción jurídica de las acciones por difamación*, cit., pp. 13 y ss.; ID., *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Barcelona, Ariel, 1988; Ricardo CABEDO NEBOT, «Sobre las acciones por difamación», en *Poder Judicial* núm. 2, 1986, pp. 33 y ss.; Eduardo ESTRADA ALONSO, *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 58 y ss.; Pablo SALVADOR CODERCH (dir.) et al., *El mercado de las ideas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 295 y ss.; ID., *El Derecho de la Libertad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 87 y ss.; Rodrigo BERCOVITZ, «Comentario a la STC de 16 de diciembre de 1991», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 27, 1991, pp. 1085 y ss. Como bien señalaba BERCOVITZ, *Comentario*, cit., p. 1095, entonces la cuestión estaba en evitar la indefensión del perjudicado por la prioridad de la jurisdicción penal sobre la civil cuando se ejercitaba ésta primero, la situación ahora es la contraria y la indefensión se produce igual.

ya manifestada en otras anteriores, se produjo en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1987 (RJ 7309, MP: Gumersindo Burgos Pérez de Andrade), que dejó sentada la primera versión de la teoría de la opción en materia de honor, derivada de la existencia de dos regulaciones, penal y civil, para unos mismos hechos ofensivos, y ello en beneficio del actor que solicitaba protección a la jurisdicción civil en primer lugar.

«La parte recurrente implícitamente admite y reconoce los hechos y el juicio valorativo de los mismos, contenidos en el considerando tercero de la sentencia impugnada, ya que en su único motivo casacional, con amparo procesal en el número 5.º del artículo 1.º 2 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, al entender que el Tribunal de Instancia no ha tenido en cuenta, en este caso, la aplicación preferente que debe tener la norma penal: “cuando la intromisión sea constitutiva de delito se estará a lo dispuesto en el Código Penal”, según reza el precepto legal que se dice infringido, pero desconociéndose, con esta argumentación, la amplia y uniforme doctrina de esta Sala, cuando tiene establecido que el mencionado artículo 1.2 permite que se dirija acción civil, aunque no se haya resuelto la penal, pues al no se esta perseguible de oficio, queda dentro de las facultades del particular ofendido, optar por el ejercicio de la acción penal conjuntamente con la civil (artículo 112, párrafo 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), o solamente esta última, según permite también la Ley 62/78 de 26 de diciembre, produciéndose en este último supuesto el efecto consuntivo del párrafo 2.º del citado artículo de la Ley Procesal Penal —sentencias de 28-10-1986, 4-11-1986 y 23-3-1987, declaración que ha de producir el decaimiento de este único motivo» (FJ 2) (33).

Sobre el segundo supuesto, al ser el delito perseguible de oficio, podía plantearse la incompetencia de la jurisdicción civil para tratar de la intromisión ilegítima, pero también la necesidad que el juez civil interrumpiera el proceso, pasara el tanto de culpa al juez penal para que éste decidiera y lo reanudara sólo si la jurisdicción penal consideraba que

---

(33) La STS de 22.10.1987 fue objeto de un recurso de amparo ante el TC que fue resuelto por la sentencia 164/1989, de 16.10, que lo desestimó y confirmó la decisión del TS, sin tratar de la doctrina de la opción sentada por ésta, que fue considerada «una cuestión de legalidad ordinaria sin alcance constitucional».



no había delito, en términos de prejudicialidad. Los argumentos de oposición de los demandados, ante la falta de una normativa clarificadora, fueron acogidos por el Tribunal Supremo, que en diversas ocasiones declaró la nulidad de todo lo actuado, por considerar que concurría incompetencia de la jurisdicción civil, con base en el art. 1.715.1 LEC 1881, apreciando la necesidad que los actores siguieran un pleito penal previo, al ser los delitos perseguibles de oficio. Con ello, el Tribunal Supremo entendía que la teoría de la opción sólo era predicable de los particulares, mientras que autoridades y funcionarios debían acudir necesariamente a un pleito penal previo.

La situación era ciertamente singular, de nuevo el demandado solicitaba el enjuiciamiento penal, claramente más estricto en cuanto a las sanciones pero más estricto también a la hora de fijar un fallo condenatorio por unos mismos hechos. Se daba la paradoja que el ministerio fiscal no había iniciado el pleito penal ni tampoco había solicitado la interrupción del civil de que era parte, conforme al art. 12.3 de la Ley 62/1978, *de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona* (34). De entre las muchas sentencias que aplicaron esta doctrina, negadora de la opción de autoridades y funcionarios, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1989 (RJ 7309) (35) fue objeto de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que, en su sentencia 241/1991, de 16 de diciembre, zanjó la cuestión atribuyendo también a autoridades y funcionarios el derecho a acudir a la jurisdicción civil sin depender del esclarecimiento previo de si los hechos eran o no constitutivos de delito, a los que, por tanto, extendió la doctrina de la opción (36). El Tribunal Constitucional basó su decisión en el derecho a la tutela judicial efectiva que no admitía aquí discriminación de autoridades y funcionarios, los cuales tenían derecho a recurrir directamente a la jurisdicción civil por muy legítima, por contra, que fuera la discriminación en cuanto al carácter de públicos de estos delitos frente al carácter de privados o semiprivados en caso de particulares. Con ello, el Tribunal Constitucional ampliaba el ámbito de la teoría de la opción y

---

(34) Y también en la actualidad conforme al art. 249.1.2º de la LEC.

(35) Entre otras, las STS de 22.10.1987 (RJ 7309), 11.10.1988 (RJ 7408), 11.11.1988 (RJ 8437), 27.1.1989 (RJ 130), 7.2.1989 (RJ 755), 23.2.1989 (RJ 1394), 17.3.1989 (RJ 2159), 14.4.1989 (RJ 3055), 22.6.1989 (RJ 4777), 14.7.1989 (RJ 5616), 11.10.1989 (RJ 6909), 17.5.1991 (RJ 3711) y 14.11.1991 (RJ 8112).

(36) En el FJ 5 de la STC 77/2002, de 8 de abril, analizada *supra* II.6, se expone lo esencial de esta jurisprudencia y el sentido de la resolución del TC en su sentencia 241/1991.

deslegitimaba la interpretación dual que el Tribunal Supremo había hecho del sistema de acciones penales y civiles en protección del derecho al honor en función de la personalidad del agraviado. En la sentencia 241/1991, el Tribunal Constitucional resuelve sobre «la interpretación dada por el Tribunal Supremo a la doble vía procesal de protección del honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen que posibilita el art. 1.2 de la Ley Orgánica 1/1982», en un conocido fundamento de derecho, que tiene interés reproducir aquí:

«La Sentencia impugnada, al deslindar el ámbito de las acciones civil y penal que la legislación vigente (art. 1 de la Ley Orgánica 1/1982) ofrece en orden a la protección de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen garantizados por el art. 18.1 C.E., ha interpretado la norma aplicable en el sentido más restrictivo y menos favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E. y, en última instancia, de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen del recurrente, con un debilitamiento o restricción de la acción civil de defensa de los mencionados derechos de la persona en favor de la vía penal, que ha de estimarse desproporcionada respecto del fin perseguido por la norma legal y que pugna con el principio de intervención mínima que preside el orden penal, llevando, en el caso, a un resultado lesivo de derechos fundamentales y constitucionalmente inaceptable consistente en obligar al justiciable a recorrer, en defensa de su honor, intimidad y propia imagen, toda la vía penal para, una vez finalizada ésta, volver a iniciar de nuevo la civil, que ya había ejercitado.

En efecto, tal conclusión se evidencia fácilmente si se parte de la preferencia de la jurisdicción penal y del procedimiento de este orden sobre el proceso civil que la propia Sentencia del Tribunal Supremo impugnada atribuye al art. 1.2 de la Ley Orgánica 1/1982, y del efecto prejudicial que determina. Ello supone, como ya se ha anticipado, que, de acuerdo con el art. 114 de la L.E.Crim., promovido juicio criminal no pueda seguirse pleito alguno sobre el mismo hecho, procediéndose, en su caso, a suspender éste en el estado en que se hallare hasta que recaiga Sentencia firme en la causa criminal. Y esa misma preferencia de la jurisdicción penal determina también, de acuerdo ahora con lo dispuesto por el art. 362 de la LEC, que cuando los Jueces y Tribunales hayan de fundar exclusivamente la Sentencia en el su-

puesto de la existencia de un delito, proceda la suspensión del fallo del pleito hasta la terminación del procedimiento penal, siempre que, oído el Ministerio Fiscal, estimen procedente la formación de causa.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, ejercitada la acción de protección civil del honor, la intimidad y la propia imagen del recurrente, para cuyo conocimiento era plenamente competente la jurisdicción civil, en ningún exceso de jurisdicción incurrieron ni el órgano judicial de instancia ni el Tribunal de apelación al no dar preferencia a la jurisdicción penal en aplicación del art. 1.2 de la Ley Orgánica 1/1982, pues, no pendiendo proceso penal alguno por los mismos hechos a los que el ahora recurrente imputaba la lesión de sus derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen y cuya existencia no había sido discutida, ni estando condicionada la decisión de la cuestión que constituía el objeto del proceso civil por la previa calificación de los mismos como constitutivos de delito, es evidente que los órganos judiciales de instancia y apelación no incurrieron en exceso de jurisdicción por el hecho de no suspender el procedimiento y el fallo del pleito, pues ni el art. 1.2 de la Ley Orgánica 1/1982, ni, por conexión con aquél, los arts. 111 y 114 de la L.E.Crim. 362 de la LEC y 10.2 de la LOPJ les obligaban a ello, con lo que la Sentencia que se impugna, al estimar el motivo de casación señalado, y anular todas las actuaciones, apreciando la concurrencia de un vicio de incompetencia inexistente, ha incurrido en manifiesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.) del ahora solicitante de amparo y, como resultado último, al negarle el ejercicio de la acción de protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, ha venido también a lesionar dichos derechos fundamentales» (FJ 4).

Como consecuencia de esta decisión, el Tribunal Supremo corrigió disciplinadamente su jurisprudencia y dejó de poner reparos a las acciones civiles en protección del honor de funcionarios y autoridades sin que se hubiera seguido una pleito penal previo (37). Las bases para el desarrollo futuro de la teoría de la opción estaban sentadas y era cuestión de tiempo que el Tribunal Supremo, tal como hizo en 1998 pero especialmente en 2004, la predicara de los supuestos contrarios en que los

---

(37) Cfr. SALVADOR CODERCH, *El derecho de la Libertad*, cit., pp. 93 y 94.

perjudicados solicitaran amparo a la jurisdicción civil después de haber fracasado ante la penal.

9. *¿Supuestos de hecho similares ya resueltos por los tribunales, pero nuevos motivos para una nueva jurisprudencia?*

Vista la jurisprudencia reseñada en los apartados precedentes, sorprende que el Tribunal Supremo haya debido enfrentarse a una «cuestión nueva» en materia de protección del derecho al honor a más de veinte años de la entrada en vigor de la LO 1/1982. Sorprende esta circunstancia, pues los casos de honor constituyen una parte muy importante de los recursos que anualmente debe resolver el Tribunal Supremo en casación.

Al lector avezado de la jurisprudencia sobre honor le vendrán a la memoria multitud de casos en que de los antecedentes de hecho consta un procedimiento penal previo al civil por calumnias y/o injurias, el cual no ha finalizado con sentencia condenatoria ni, en la mayoría de los casos, tan siquiera con sentencia y sí con auto de archivo de diligencias previas, en ambos con base en una querrela criminal del ofendido. El hecho cierto es que Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre esta tipología de casos sin que anteriormente resulte que haya formulado reparos a la acción civil subsiguiente del demandante, ni haya invocado la teoría de la opción, por los efectos excluyentes de la misma, ni haya apreciado tampoco caducidad de la acción civil.

En tres casos se puede identificar con claridad este *iter* procesal. Así, en la sentencia del TS de 20.12.1993 (RJ 10088, MP: Francisco Morales Morales), consta la existencia de diligencias penales previas tramitadas por calumnias e injurias, que terminaron por auto de sobreseimiento. El actor demandaba al director del periódico «El País» y a la sociedad «Promotora de Informaciones SA (PRISA), su editora, por una intromisión ilegítima causada por la publicación, en la edición de 8.9.1984, de una carta al director relativa a su actuación como presidente de la Federación Española de Judo. El firmante de la carta, que lo hacía con sus iniciales, no pudo ser identificado. El JPI núm 26 de Madrid, en sentencia de 8.6.1987, estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados al pago de diez millones de pesetas y a la publicación de la sentencia en el mencionado periódico. La AP de Madrid, Secc. 12, en sentencia de 24.12.1990, estimó el recurso de apelación

y revocó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo casó la sentencia de apelación y confirmó la del juzgado si bien rebajando la cuantía de la indemnización concedida por aquélla a cinco millones de pesetas y a la publicación sólo del encabezamiento y fallo de la sentencia de instancia y del fallo de la dictada por el Tribunal Supremo. La sentencia del TS fue objeto de un recurso de amparo ante el TC resuelto por su sentencia 3/1997, de 13 de enero, que fue estimado por no apreciarse la existencia de una intromisión ilegítima, sin que en esta sede tampoco se hicieran consideraciones sobre los efectos excluyentes de la tramitación de un juicio penal previo conforme a la teoría de la opción (38).

En el caso resuelto por la STS de 26.11.1997 (RJ 8692, MP: Eduardo Fernández-Cid de Temes), el demandante había interpuesto previamente una querrela criminal por calumnias, que dio lugar a un procedimiento finalizado por auto de sobreseimiento libre. Anteriormente había seguido un pleito laboral por despido ante la Magistratura de Trabajo, del que desistió. No consta con exactitud la fecha de los hechos, que deberían de haberse producido a principios de 1982, ni tampoco la de las resoluciones de las respectivas instancias. Tanto el JPI de Vinaròs como la AP de Valencia estimaron parcialmente la demanda, que revocó el Tribunal Supremo con absolució del demandado por no considerar las actuaciones constitutivas de una intromisión ilegítima. En el caso, el demandado fue despedido por causa de las irregularidades económicas cometidas, causa de la que se dio publicidad al resto de la plantilla de la empresa.

En la STS de 4 de diciembre de 1997 (RJ 8724, MP: Luis Martínez-Calcerrada Gómez) también resulta que el actor había interpuesto una querrela criminal por injurias contra la parte demandada, sobreseída con posterioridad. El TS confirmó en casación las sentencias desestimatorias de instancia, JPI núm. 14 de Sevilla, de 26.11.1991, y de apelación, AP de Sevilla, Secc. 5, de 20.4.1993, sin atender a la existencia de un previo procedimiento penal por los mismos hechos, quizá porque aquí no era necesario aducirlo como *ratio decidendi*. En el pleito concurría la circunstancia, no excepcional en materia de honor, que la parte demandada

---

(38) En la sentencia del TC se destaca expresamente que el actor era «una persona pública y que por su cargo administraba caudales del mismo carácter». No constan más datos sobre el pleito penal seguido con anterioridad, sólo que fue iniciado por querrela del mencionado presidente de la federación española de judo.

había interpuesto también querrela criminal contra el actor por los delitos de estafa, apropiación indebida, imprudencia temeraria y falsedad, en el ejercicio del cargo de vicepresidente de la Asociación de mayoristas de frutas y hortalizas de Sevilla, también sobreseída.

De la descripción de los hechos que hace la sentencia STS de 22.4.2002 (RJ 3309, MP: Alfonso Villagómez Rodil), resultan unos avatares procesales singulares. El actor, gerente de la lotería «La Buena Suerte» había sido sorprendido en el coto privado de Leira-Ordes cazando furtivamente, puesto que carecía de la licencia o permiso necesario de la Asociación de Cazadores de la referida localidad, y esta información fue publicada en el periódico «La Voz de Galicia» de 10.11.1988. Por la publicación de esta información se siguió un pleito penal por injurias, en que se sentó como probado lo anterior. Una vez finalizado el pleito el mismo diario publicó en la edición de 14 de febrero de 1993 que había sido absuelto de un delito de injurias. Contra esta información el actor formuló demanda de protección del derecho al honor que fue desestimada tanto por el juzgado de primera instancia núm. 5 de la Coruña, por la sentencia de 11.5.1995, así como por la AP de La Coruña, en sentencia de 30.5.1996, ambas sentencias fueron confirmadas por el TS al desestimar el recurso de casación, con base sólo en el carácter no difamatorio de la noticia.

Por lo que se refiere a la posibilidad de aplicación de la doctrina o teoría de la opción, es evidente que el Tribunal Supremo podría haber recurrido en todos estos casos a la misma sin grandes obstáculos, en la medida en que la falta de legitimación activa en el pleito es estimable de oficio (39).

En materia de caducidad, la situación es similar, y ésta es una circunstancia que el Tribunal debe apreciar de oficio en cualquier caso. Sin embargo, no resulta que haya sido así en ningún procedimiento anterior a 1998 en materia de honor ante el Tribunal Supremo. Cabe considerar, además, que los casos en que el Tribunal Supremo ha tratado de la caducidad de la acción civil en protección del derecho al honor por transcurso del plazo de caducidad de cuatro años han sido muy pocos hasta la nueva doctrina jurisprudencial.

---

(39) Cfr., entre las más recientes, STS de 26.4.2001 (RJ 6890), 30.2.2002 (RJ 4576), 26.5.2004 (RJ 3976), 7.7.2004 (RJ 4945) y 30.12.2004 (RJ 2005/410).

De hecho, sólo constan dos casos en que expresamente se declara caducada la acción. En el resuelto por la STS de 28.5.1990 (RJ 4090, MP: José Luis Albácar López), la caducidad de la acción no es propiamente el único motivo aducido de desestimación de la demanda, puesto que los hechos origen de la misma databan de una fecha anterior a la entrada en vigor de la LO 1/1982. El TS sienta el criterio que ésta ley no tiene efectos retroactivos, entiende que en cualquier caso no cabía apreciar la existencia de una intromisión ilegítima y, por si todo lo anterior no fuera suficiente, considera que habrían transcurrido ya cuatro años entre los hechos enjuiciados y la presentación de la demanda. También en el caso resuelto por la STS de 20.4.1991 (RJ 2727, MP: Alfonso Villagómez Rodil), los hechos eran anteriores a la entrada en vigor de la LO 1/1982, en concreto databan de 1946 (40). El actor solicitaba «la restitución pública de su honor», además del pago de una indemnización de cuarenta millones de pesetas. El TS entendió que no cabía juzgar los hechos a la luz de la LO 1/1982 por su falta de retroactividad, además de considerar que la acción estaba sobradamente caducada, conforme a su art. 9.5. Que el actor hubiera seguido un pleito de jurisdicción voluntaria, finalizado por auto estimatorio de 28.10.1986, en que quiso demostrar la falsedad de los hechos atentatorios a su honor, era una cuestión que no incidía para nada en la decisión tomada por el TS (41).

---

(40) El actor era trabajador de RENFE, y fue acusado estar implicado en la sustracción de dos latas de barniz, de dieciséis kilos cada una. Por ello fue detenido por la Guardia Civil de Ferrocarriles y privado de libertad durante tres días, fue despedido también de RENFE y las actuaciones penales posteriores finalizaron por su archivo.

(41) Esta sentencia fue objeto de comentario por Ramón CASAS VALLÉS en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm 26, 1991, pp. 481 y ss., quien realiza un detallado estudio de la caducidad en la LO 1/1982; cabe atribuir al autor el mérito de haber anticipado el supuesto que aquí nos ocupa, p. 495: «Un último problema, que me limito a platear, puede resultar de la interferencia entre acciones penales y civiles. Si no se trata de delitos perseguibles de oficio (el caso del desacato), la jurisprudencia viene admitiendo que corresponde al afectado optar entre una y otra vía. Ahora bien, si se decide por la penal, dado que también “pudo” ejercitar la civil, el plazo del artículo 9.5 LO 1/1982 —de caducidad, no se olvide— sin ninguna duda habrá empezado a correr. Si vencido ese plazo recayese sentencia absolutoria en el proceso penal, ¿ya no podría el afectado recurrir a la vía civil? Por supuesto, en primer lugar, habrá que conocer los motivos del fracaso de la vía penal. Si, por ejemplo, éste obedece a que el querellado no fue el autor de las frases injuriosas o a que ésta nunca se pronunciaron o bien a que, entrando en el fondo, se ha estimado que debía prevalecer la libertad de opinar o informar, la vía civil quedará cerrada. Pero también cabe que la querrela se desestime por otras razones. Por ejemplo, falta de *animus injuriandi*. En este caso, es evidente que no está ex-

No parece, pues, que se den supuestos de hecho radicalmente nuevos o nuevas circunstancias que justifiquen la aparición de una nueva línea jurisprudencial en la materia. Parece que la única razón real que se puede entrever sea la voluntad del Tribunal Supremo de armarse de razones para desestimar pleitos triviales o de bagatela, amén de contribuir a disuadir a los presuntamente agraviados de iniciarlos (42). Si bien el Tribunal Supremo no puede conseguir lo anterior con la ya más que asentada doctrina civil y constitucional que fija criterios sobre qué puede considerarse una intromisión ilegítima, como mínimo sí que con esta nueva jurisprudencia contribuye a evitar la duplicidad de procedimientos y, así, la perduración de los mismos (43). Sin embargo, con ello la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo estaría descargando a la jurisdicción penal de una mayoría de casos que no revisten tal carácter y estaría restringiendo y limitando en la práctica el acceso a la tutela penal del honor a los casos en que realmente corresponde hacerlo. Con ello también el Tribunal Supremo estaría dando lugar a un efecto de avocación o de llamada hacia la jurisdicción civil, que sería a fin de cuentas igualmente la destinataria final de estos procedimientos penalmente fracasados.

Como mucho podría justificarse que el régimen jurídico de la relación entre acción civil y penal, cuando la primera es previa, no era una cuestión consolidada hasta principios de los años noventa. También que a la clarificación de esta relación contribuyó la reforma del art. 1.2 de la LO 1/1982 por la Disposición Final 4.<sup>a</sup> de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Sin embargo, de los nueve casos reseñados siete hacían referencia a hechos anteriores a la entrada en vigor de esta disposición. Además, de la jurisprudencia recaída con anterioridad, es obvio que del originario art. 1.2 LO 1/1982 no podía deducir-

---

cluida la responsabilidad civil. Seguramente, si la acción se interpone después de cuatro años desde el momento en que el afectado "pudo" utilizarla, el demandado no dejará de alegar la caducidad, recordando que ésta, a diferencia de la prescripción, no admite interrupción». Lo que ya no podía aventurar el autor es que los tribunales decidirían con el tiempo que el ejercicio de la acción penal excluye la responsabilidad civil por honor.

(42) Sobre el carácter de «bagatela» y menor de los casos de honor en casación, Pablo SALVADOR CODERCH, Sonia RAMOS GONZÁLEZ, Álvaro LUNA YERGA y Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, «Libertad de expresión y luchas de poder entre Tribunales», en SALVADOR CODERCH / GÓMEZ POMAR, *Libertad de expresión y conflicto institucional*, cit., pp. 19 y ss.

(43) El TS no puede impedir que estos casos accedan a casación, conforme al art. 477.2.1.º de la LEC, ni en amparo ante el TC, a pesar de que no parece razonable pensar que aún sea necesario «establecer doctrina constitucional» sobre muchos de los casos que llegan al TC o al TS sobre honor, cfr. SALVADOR CODERCH *et al.*, *Libertad de expresión y luchas de poder entre Tribunales*, cit., p. 23.



se tampoco la prejudicialidad penal en todo caso, y mucho menos desde la sentencia 241/91 del Tribunal Constitucional.

La saturación de la jurisdicción civil en materia al honor no era en 1998, ni tampoco en 2004, mayor que algunos años antes. Quizá sí que, con el paso del tiempo, es mayor el hartazgo de la Sala 1.<sup>a</sup> de tener que resolver pleitos extremadamente complejos, largos y costosos de gestionar con un contenido jurídico y afrentoso al derecho al honor claramente menor. Así que lanzar un mensaje disuasorio o de *deterrence* hacia los futuros querellantes, y ulteriores demandantes, puede parecerle conveniente y hasta jurídicamente razonable.

### III. CRÓNICA DE UNA LEGISLACIÓN ERRÁTICA

#### 1. *Protección penal y protección civil del honor en la LO 1/1982*

En el hecho que el Tribunal Supremo haya podido establecer una jurisprudencia como la que aquí se comenta tiene mucho que ver el carácter de la legislación promulgada sobre honor, que en relación con la materia que nos ocupa ha sido especialmente errática. Desde su aprobación, la LO 1/1982 ha sido una ley duramente criticada, no tanto por los problemas que no resuelve, que son muchos, sino también por los que expresamente crea, especialmente en lo que se refiere a un diseño claro y operativo del sistema de remedios en tutela del derecho al honor (44). Al margen de los criterios materiales de lo que deba considerarse una intromisión ilegítima o difamación, esto es, de una lesión a los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, así como de sus diferentes formas de reparación, uno de los problemas destacados de la legislación «civil» orgánica sobre derecho al honor ha sido la de la falta de establecimiento de un régimen institucional unitario, completo y coherente de protección de este derecho fundamental.

---

(44) Para dos acerbados análisis de primera hora, MUÑOZ MACHADO, *Mitos, insuficiencias y excesos en la construcción jurídica de las acciones por difamación*, cit.; ID, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, cit.; Pablo SALVADOR *et al.*, *¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo*, Madrid, Civitas, 1987. Para una visión de conjunto, a veinte años de su aprobación, Mariano YZQUIERDO TOLSADA, «La Ley del Honor, veinte años después», en *La Ley* núm. 5591, 19 de julio de 2002, pp. 1 y ss., y, con más extensión, ID., «Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)», en L. Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2a. ed., Cizur Menor, Thomson - Aranzadi, 2003, pp. 1191 y ss.

La propia diacronía legislativa española en la materia ha tenido parte de culpa pero, a más de dos décadas de la aprobación de la LO 1/1982 y a un cuarto de siglo de entrada en vigor de la Constitución, con su catálogo de derechos fundamentales, parece que el derecho privado material, y menos todavía el procesal, no deberían poder dar lugar a líneas jurisprudenciales como la presente, que se ha desarrollado en especial durante el año 2004. No tanto por el sentido mismo del criterio jurisprudencial, que es claramente discutible y criticable, sino porque no exista texto legal alguno en que se base una decisión que afecta al sentido mismo de la tutela judicial de un derecho fundamental.

El reconocimiento como fundamentales de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en el art. 18.1 CE se superpuso a una preexistente regulación penal de protección del honor, preconstitucional, que convivía con una más que residual, en la práctica, protección civil vía art. 1.902 del CC (45). La LO 1/1982 no vino más que a sumarse a este estado de cosas fijando unos criterios civiles sobre qué debía considerarse una intromisión ilegítima a los anteriores derechos y a prever un sistema de remedios civiles frente a estos ataques pero, como ya apuntaba su título, sin incidir, a pesar de que hubiera podido hacerlo por rango normativo, en el sistema de delitos y penas sobre honor ya existentes. Pero no sólo el derecho penal del honor no fue modificado, ni se diseñó un nuevo sistema de protección armónico y coherente, sino que tampoco la LO 1/1982 fijó con claridad criterios de delimitación entre uno y otro ordenamiento ni mucho menos reglas para su coordinación. Desde entonces el derecho penal español ha mantenido en los tipos del Código Penal los delitos contra el honor, si bien ha ido progresivamente reduciendo su ámbito de aplicación desde un sistema excesivamente protector a otro que ha privatizando fundamentalmente su carácter delictivo (46).

---

(45) MUÑOZ MACHADO, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, cit., pp. 46 y ss., cita apenas ocho sentencias en el siglo XX, con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 1/1982, en aplicación del art. 1.902 CC.

(46) Véase el análisis de M.<sup>a</sup> Teresa CASTIÑEIRA PALOU en SALVADOR CODERCH (dir.), *El mercado de las ideas*, cit., pp. 437 y ss., para el Código Penal de 1973, e ID. en Pablo SALVADOR CODERCH / M.<sup>a</sup> Teresa CASTIÑEIRA PALOU, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Madrid - Barcelona, Marcial Pons, 1997, pp. 67 y ss., para el Código Penal de 1995.

Los conflictos de normas en materia de honor no son exclusivos entre las legislaciones civil y penal, también pueden darse en relación con la legislación sobre propiedad intelectual, competencia desleal, publicidad y relaciones laborales, cfr. Pablo SALVADOR CODERCH, Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, Juan Antonio RUIZ GARCÍA, Marc-Roger LLOVERAS FERRER, Joan Carles SEUBA TORREBLANCA, Albert LAMARCA

La LO 1/1982 hacía referencia a la protección constitucional del derecho al honor, derivada de su carácter de derecho fundamental y en forma de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, en el párrafo segundo de su disposición transitoria segunda. Referencia, por otra parte, inocua e innecesaria puesto que esta forma de protección ya estaba expresamente prevista en el art. 53.2 CE, aunque quizá considerada conveniente todavía en los primeros años de funcionamiento del sistema. Sobre el cauce procesal para hacer valer en la jurisdicción ordinaria las pretensiones civiles en protección del derecho al honor, la provisionalidad de la Ley 62/1978, *de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona* (47), acompañó inicialmente a la LO 1/1982, en virtud de la remisión del párrafo primero de su disposición transitoria segunda (48). Por último, en relación con la protección de derecho penal, a ella se hacía referencia en la Exposición de Motivos de la Ley:

«Establece el artículo primero de la misma la Protección Civil de los Derechos Fundamentales al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen frente a todo género de injerencia o intromisiones ilegítimas. Pero no puede ignorar que algunos de esos derechos gozan o previsiblemente gozarán de una protección penal. Así ocurre con el Derecho al Honor, amparado por las prescripciones contenidas en el Libro II, Título X, del vigente Código Penal, y con determinados aspectos del derecho a

---

MARQUÈS, Begoña ARQUILLO COLET, Alvaro LUNA YERGA y Covadonga RUI-SÁNCHEZ CAPELÁSTEGUI, «Honor, intimidación personal y familiar y derecho a la propia imagen en la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo del bienio 1996-1997», en *Revista del Poder Judicial*, 1999, núm. 53, pp. 455 y ss. (

(47) El Real Decreto Legislativo 342/1979, de 20 de febrero, *sobre ampliación del ámbito de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre*, incorporó al ámbito de aplicación de la mencionada ley los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, entre otros.

(48) Éste es un ámbito en que también cabe calificar de errática la legislación sobre honor y al que ha puesto fin la nueva LEC en su art. 249.1.2, con una regulación singular para los pleitos de tutela del derecho fundamental al honor, con base en las normas del juicio ordinario. Con anterioridad, y de acuerdo con la mencionada Ley 62/1978, podía utilizarse el procedimiento especial en ella contemplado, con base en los trámites de incidentes de la vieja LEC o bien seguirse el pleito conforme al proceso declarativo ordinario que correspondiera, también según la LEC de 1881. Sobre el régimen procesal civil de la tutela al honor, SERRANO HOYO, *Algunos aspectos procesales sobre la protección civil y penal del derecho fundamental al honor (especial referencia a la incidencia de la S.T.C. 77/2002, de 8 de abril, y las leyes 8/2002 y 38/2002, de 24 de octubre)*, cit., pp. 215 y ss.

la intimidad personal y familiar que son objeto de una protección de esa naturaleza en el proyecto de nuevo Código Penal recientemente aprobado por el Consejo de Ministros.

Por ello, en los casos que exista la Protección Penal tendrá ésta preferente aplicación, por ser sin duda la de más fuerte efectividad, si bien la Responsabilidad Civil derivada de delito se deberá fijar de acuerdo con los criterios que esta Ley establece».

Conforme a esta afirmación de principios, el apartado segundo del artículo primero de la Ley establecía la concreta regla de derecho:

**Artículo 1.2.** Cuando la intromisión sea constitutiva de delito se estará a lo dispuesto en el Código Penal. No obstante, serán aplicables los criterios de esta ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito.

Esta formulación dio pie a entender que había un fundamento de derecho expreso que permitía sostener la preferencia de la protección penal sobre la civil, en términos de prejudicialidad o incompetencia de la jurisdicción civil, de modo que se debiera dar prioridad a ésta. Así lo hizo el Tribunal Supremo hasta la sentencia del Tribunal Constitucional 241/1991, como se ha reseñado en las páginas anteriores. Con ello quedó también claro que la remisión a la jurisdicción penal en los términos del originario art. 1.2 LO 1/1982 no tenía ningún efecto añadido de lo que ya resultaba del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que debiera declararse expresamente inconstitucional el mencionado artículo. Era sólo una cuestión de interpretación del mismo y de hacerle decir algo más de lo que, como se aprecia con el tiempo pasado, realmente dice, que si puede haber un delito, y se quiere o debe enjuiciar este delito, hay que ir a la jurisdicción penal, pero sin que ello impida en todo caso el acceso a la jurisdicción civil. El art. 1.2 no decía, ni podía decir, que si los hechos podían ser constitutivos de delito debía seguirse un proceso penal previo para determinar su existencia y, si procedía, dictar una sentencia condenatoria. Ello vulneraría el espíritu y la finalidad de la LO 1/1982. Sin embargo, al aprobarse un nuevo Código Penal en 1995, que reformó en profundidad los delitos contra el honor, acogiendo las aportaciones de jurisprudencia y doctrina, se entendió que era necesario proceder también a reformar el art. 1.2 LO 1/1982 para clarificar esta cuestión, aunque ello no fuera estrictamente necesario.

Desde su aprobación, la LO 1/1982, de de 5 de mayo, *de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia ima-*

gen, ha sido formalmente modificada en tres ocasiones. La primera, por la LO 3/1985, de 29 de mayo, sobre modificación exclusiva de la propia LO 1/1982, que incorporó a su art. 2.2 los criterios específicos sobre difamación en caso de «opiniones manifestadas por diputados y senadores en el ejercicio de sus funciones», con la correspondiente obligación de solicitar autorización al Congreso o al Senado, según el procedimiento previsto para los suplicatorios, para poder seguir un pleito civil contra diputados o senadores por difamación. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 9/1990, de 18 de enero, declaró la nulidad de este inciso añadido en 1985 en el art. 2.2, al resolver la cuestión de inconstitucionalidad 194/1989. En segundo lugar, la Ley fue reformada por la LO 5/1992, de 29 de octubre, *de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal*, que derogó su disposición transitoria primera. Por último, la LO 10/1995, de 23 de noviembre, *del Código Penal*, modificó el art. 1.2 y el art. 7.7, de modo que pretendía clarificar las relaciones entre las tutelas penal y civil del honor, tanto en el orden procesal como sustantivo o material, y que afecta especialmente a la jurisprudencia que hemos expuesto en las páginas precedentes y a la cuestión planteada sobre su oportunidad y legalidad:

**Artículo 1.2.** El carácter delictivo de la intromisión no impedirá el recurso al procedimiento de tutela judicial previsto en el artículo 9 de esta Ley. En cualquier caso, serán aplicables los criterios de esta ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito (49).

Esta última modificación no ha afectado a la Exposición de Motivos, y entró en vigor, junto con el resto del Código Penal de 1995, el 24 de mayo de 1996 (50). El nuevo art. 1.2 acogió la teoría jurisprudencial de la opción en lo relativo a personas públicas, de modo que éstas podían optar también por el ejercicio de la acción civil, y mucho más todavía para las personas privadas, aspecto que era ya incuestionable para la jurisprudencia atendido el carácter privado de estos delitos.

---

(49) En el ámbito sustantivo, se modificó el art. 7.7 para armonizarlo con la nueva tipificación de la injuria en el art. 208 del CP 1995, del modo que esta última constituye un supuesto cualificado o grave de intromisión ilegítima al honor. Sobre ambas reformas, Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos Cíviles del Nuevo Código Penal. (Responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de Familia y otros extremos)*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 476 y ss.

(50) Conforme a su disposición final séptima.

Sin embargo, el nuevo art. 1.2 nada más dice sobre lo que aquí nos ocupa. A pesar de la necesidad de fijar una regla clara y concluyente sobre las relaciones entre una y otra acciones, la reforma de 1995 no añadió nada a esta cuestión más que confirmar la teoría de la opción, ya suficientemente asentada. Que la opción personal del agraviado de dar «preferencia» a la acción civil sobre la penal era un derecho que le correspondía ya no daba lugar a dudas en 1995. ¿Pero *quid* si el ofendido daba preferencia a la acción penal sobre la civil? ¿Cuál debía ser el destino de la acción civil? Ésta es una cuestión que no resolvió el nuevo CP, quizá porque se entendía que no había cuestión. Sin embargo el Tribunal Supremo sí que ha considerado que debía darla, y así lo ha hecho en las sentencias reseñadas: el ejercicio de la acción penal excluye el posterior ejercicio de la acción civil al tratarse del ejercicio de un derecho de opción del perjudicado. El nuevo art. 1.2 de la LO 1/1982 no dice expresamente esto, pero con base en la consolidada teoría de la opción y en el carácter privado y semiprivado de estos delitos con el nuevo CP de 1995, nada impedía que el Tribunal Supremo desarrollara la teoría de la opción en este sentido.

Parece que el mal sino de la legislación sobre honor no cesa y así, la reforma del Código Penal de 1995 por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha reintroducido la regla según la cual las calumnias y las injurias contra funcionarios públicos, autoridades y agentes de la misma pasan a ser otra vez delitos perseguibles de oficio y, por tanto, estrictamente públicos y no semiprivados como hasta ahora (51). El problema, para autoridades y funcionarios, vuelve a estar en el mismo sitio que antes de la reforma de 1995 y la teoría de la opción deja de tener carácter universal (52).

Con todo, la jurisprudencia recaída en los últimos años deja las cosas más claras, más que la reforma de la LO 1/1982 en 1995: la autoridad o funcionario público perjudicado podrá interponer una acción civil en tutela de su derecho al honor ante los tribunales civiles sin que el

---

(51) Con una nueva redacción del segundo inciso del art. 215 CP: «Nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal. Se procederá de oficio cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos», pero que no ha modificado el apartado tercero del mismo artículo sobre los efectos extintivos de responsabilidad criminal por el perdón del ofendido.

(52) Nótese que la Ley 62/1978 en su art. 4 atribuyó un carácter semiprivado a los delitos de calumnia e injuria en los supuestos previstos en el art. 463 CP 1973, al establecer que bastaba denuncia de la persona agraviada para su persecución, lo que redundaba en beneficio de aquélla.

carácter de delito público de los hechos obligue al juez civil a tomar ninguna decisión al respecto ni le impida decidir sobre el carácter de intromisión ilegítima de los mismos. En segundo lugar, no hay duda tampoco que una vez seguido un pleito penal por unos hechos presuntamente delictivos contra autoridades y funcionarios cabrá entablar acción civil para el caso en que la penal haya sido desestimada, pero ello no será posible en la situación contraria, esto es, si el pleito penal finaliza con condena. La dos sentencias mencionadas del Tribunal Supremo, de 14 de julio y 30 de diciembre de 2004, han dejado muy claro que, a pesar del carácter público de los delitos, una cosa es la reserva de acciones civiles con la finalidad de determinar la eficacia de los remedios civiles en un pleito civil en relación con unos hechos declarados delictivos en un pleito penal y otra muy distinta volver a enjuiciar el carácter de contrarios al derecho al honor de unos hechos que ya han sido objeto de sentencia penal. Una vez obtenida condena penal, el recurso a la acción de condena civil por intromisión ilegítima según la LO 1/1982 no es posible en ningún caso (53).

## 2. Proceso penal, acción civil y legislación procesal penal

Ante la falta de un diseño claro del sistema de relaciones entre las tutelas de derecho penal y civil del honor en la LO 1/1982, la determinación de las reglas que las rigen en su vertiente procesal corresponde fundamentalmente a las de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, en concreto, al Título VI de su Libro I, *De las personas a quienes corresponde el ejercicio de las acciones que nacen de los delitos y faltas*, y especialmente a su artículo 112, que fija los efectos del ejercicio de una u otra acción:

**Artículo 112.** Ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la re-

---

(53) La reforma del art. 525 LEC, con la introducción de un nuevo apartado 3, por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, *de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, ha afectado también al régimen jurídico de la LO 1/1982, en su sistema de remedios, puesto que excluye la ejecución provisional de las sentencias que declaren la vulneración de los derechos al honor, a la intimidad persona y familiar y a la propia imagen, en los pronunciamientos de carácter indemnizatorio, cfr. Pablo SALVADOR CODERCH, Sonia RAMOS GONZÁLEZ, Álvaro LUNA YERGA, «Poder de la prensa y derecho al honor. Comentario a la reforma del artículo 525 LEC», en *InDret* 2/2004, working paper, 214.

nunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar.

Si se ejercitase sólo la civil que nace de un delito de los que no pueden perseguirse sino en virtud de querrela particular, se considerará extinguida desde luego la acción penal.

Este precepto concreta, en su segundo apartado, la regla del art. 106 LECrim que dispone la extinción de la acción penal por renuncia de la persona ofendida cuando el delito no pueda ser perseguido sino a instancia de parte. Ello sucede implícitamente por el ejercicio previo de una acción civil que se considera incompatible con una posterior acción penal. La regla es de orden procesal, pero afecta al contenido material de la defensa del derecho fundamental al honor. En el art. 1.2 de la LO 1/1982 no queda claro si existe una única acción por honor, derivada de unos mismos hechos, ejercitable ante las jurisdicciones penal o civil, si bien hay unos criterios de «responsabilidad civil» comunes, pero lo cierto es que los efectos excluyentes del ejercicio de la segunda acción son claros.

Lo que el art. 112 no dice, ni tampoco precepto alguno de la LECrim, es qué sucede si, siendo el delito perseguible sólo a instancia de parte, el perjudicado ejercita primeramente la acción penal sin que ésta finalice con estimación del carácter delictivo de los hechos. Como se ha apuntado, este supuesto sólo es predicable de los delitos de calumnias e injurias. Pero prevé la LECrim expresamente lo contrario, es más, y como principio general, el art. 116 LECrim dispone que el fracaso de la acción penal, a no ser que la sentencia declare la inexistencia de los hechos, no impide el ejercicio de la acción civil «que proceda»:

**Artículo 116.** La extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil, a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer.

En los demás casos, la persona a quien corresponda la acción civil podrá ejercitarla ante la jurisdicción y por la vía de lo civil que proceda, contra quien estuviere obligado a la restitución de la cosa, reparación del daño o indemnización del perjuicio sufrido.

Ello resulta también del hecho que el art. 111 LECrim garantiza el derecho a ejercitar separadamente las acciones penales y civiles, pero lo hace asumiendo que las acciones civiles se restringen aquí a lo que denomina como «responsabilidad derivada de delito», pero no a otras acciones civiles que cupiera ejercitar:



**Artículo 111.** Las acciones que nacen de un delito o falta podrán ejercitarse junta o separadamente; pero mientras estuviere pendiente la acción penal no se ejercitará la civil con separación hasta que aquélla haya sido resuelta en sentencia firme, salvo siempre lo dispuesto en los artículos 4, 5 y 6 de este Código.

No puede deducirse, pues, del Título IV del Libro I de la LECrim que la referencia a las «acciones civiles» incluya a la acción civil por honor, entendida ésta como la de mera declaración de existencia de intromisión ilegítima, puesto que lo que se está ejercitando es una acción penal por honor, que será la única acción que enjuiciará el juez penal, que nunca podrá determinar el carácter de intromisión ilegítima, conforme a la LO 1/1982, de la actuación y sí sólo conforme al Código Penal. De modo que cuando los arts. 106 a 112 LECrim hacen referencia a la renuncia a la acción civil, lo hacen a la acción civil de responsabilidad derivada de delito y también cuando el art. 112.1 LECrim permite la reserva de acciones civiles, lo hace a la posibilidad de resolver en un pleito civil posterior exclusivamente las consecuencias en el orden resarcitorio de la acción delictiva. Si la sentencia penal no finaliza en condena, el pleito civil que se inicie será totalmente nuevo y necesitará que se determine el carácter antijurídico o no de los hechos que dan lugar a responsabilidad. De modo que la acción civil no queda extinguida por la acción penal, a diferencia de lo que ha establecido el Tribunal Supremo con base en la teoría de la opción, pero sin fundamento legal expreso o, quizá, en contra del mismo.

### 3. Caducidad de acciones

La doctrina de la caducidad de la acción ha constituido el fundamento utilizado por el Tribunal Supremo para desestimar la acción civil por honor en diversas ocasiones, sin que debiera recurrirse necesariamente a la teoría de la opción como tal. Sin embargo, y a pesar de las críticas manifestadas, el Tribunal Supremo, por coherencia jurídica, ha debido dar prevalencia a esta última por lo circunstancial que sería hacer depender el éxito de la acción civil subsiguiente de la duración del procedimiento penal previo por calumnias o injurias. Sostener esto último sí que sería totalmente contrario a una pretendida coherencia del sistema, de modo que no cabía otra solución que convertir a la doctrina de la caducidad en una *ratio* más derivada del ejercicio de la opción entre acciones, auténtico fundamento de la desestimación de la acción,

que puede concurrir o no en el caso. Así que lo que en un principio podría parecer un mero *obiter dictum* se ha impuesto sobre la auténtica *ratio decidendi* del caso en la jurisprudencia y, en el futuro, al Tribunal Supremo le bastaría con invocar la teoría de la opción para desestimar los recursos en materia de honor sin deber analizar si concurre la caducidad de la acción. Con todo, la primera doctrina, la de la caducidad, ha sido la única convalidada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 77/2002, y con las salvedades manifestadas en ésta.

Como se ha señalado, el supuesto de caducidad de la acción civil en protección del derecho al honor no suspendida por el ejercicio de la penal por unos mismos hechos es excepcional pero también único, puesto que, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, se restringe a los delitos perseguibles sólo a instancia de parte perjudicada, por medio de querrela criminal. De este modo, la generalidad de la regla del art. 114 LECrim queda excepcionada aquí, sin que este precepto lo diga. Y parece que cabría aplicar la regla tradicional según la cual donde la ley no distingue tampoco lo deberían hacer los tribunales. La falta de una normativa sustantiva civil general sobre el instituto de la caducidad excluye el recurso a otro fundamento jurídico sobre el que apoyar la decisión que no sea de derecho procesal penal:

**Artículo 114.** Promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole, si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal.

No será necesario para el ejercicio de la acción penal que haya precedido el de la civil originada del mismo delito o falta.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en el capítulo II, título I, de este libro, respecto a las cuestiones prejudiciales.

Podría defenderse aquí que la acción en protección del derecho al honor es única y que su ejercicio se produce ante cualquiera de la dos jurisdicciones, penal o civil, conforme prevé el ordenamiento, por lo que fracasada la acción penal cabrá el ejercicio de la civil en cualquier caso sin que exista caducidad (54). La primera acción, además, está so-

---

(54) Así, entre otros, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *El proceso penal como proceso de amparo del derecho al honor: comentario a la STC 21/2000*, cit., p. 425, quien además afirma que el efecto de la caducidad de la acción civil «es improbable, corregible y asumible». Sobre la posibilidad de suspensión de la caducidad, Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, *La*

metida a un plazo de prescripción de un año conforme al art. 131.1 CP, mucho más breve que el de cuatro años del art. 9.5 LO 1/1982 (55). Sin embargo, ni una cosa ni la otra caben, a juicio del Tribunal Supremo, sea por la teoría de la opción como por la de la caducidad y, en contra del aforismo tradicional, el supremo Tribunal distingue donde la LECrim no lo hace o, más bien, dice todo lo contrario.

#### IV. ANÁLISIS ESTRATÉGICO DE LOS REMEDIOS DISPONIBLES EN PROTECCIÓN DEL DERECHO AL HONOR

En los términos en que se ha manifestado en las páginas precedentes, la jurisprudencia del Tribunal Supremo traslada a la víctima unos costes altísimos de la realización de un acertado e imprescindible análisis estratégico de los remedios de que dispone para la protección de su derecho constitucional al honor. Como se ha señalado ampliamente, la LO 1/1982, pero también la legislación penal que la ha sucedido, han hecho dejación de la necesidad de diseñar un sistema coherente y completo en la materia y deben ser ahora los particulares los que se vean forzados a reconstruirlo con los materiales disponibles, a riesgo de errar en la opción que les concede la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Que esta situación, grave, se pueda plantear, responde a la falta absoluta de consideración que leyes penales y civiles en materia de honor han puesto en lo que se conoce como teoría de remedios. Situación que llega al punto que, por mucho que el art. 1.2 de la LO 1/1982 disponga que los remedios civiles se determinan por esta ley cuando opere también una sanción penal, los preceptos correspondientes del Código Penal no han hecho lo propio y prevén consecuencias en el orden civil o no estrictamente penal de la acción delictiva (56).

---

*suspensión de la prescripción en el Código civil español. Estudio crítico de la legalidad vigente*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 215 y ss.

(55) Sobre el régimen de la caducidad en la LO 1/1982, CASAS VALLÉS, *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1991*, cit., pp. 488 y ss.

(56) Así el art. 212 CP, que impone la responsabilidad civil solidaria a la persona física o jurídica propietaria del medio informativo a través del cual se haya propagado la calumnia o injuria, el art. 216 CP, que impone la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, como reparación del daño causado, extremos no penales y que ya resultan de la LO 1/1982, y además, el art. 214 que prevé la posibilidad de retractación del acusado. Por supuesto que las consecuencias civiles previstas en el Título V del Libro I del CP no son aplicables a los daños causados por delitos contra el honor.

En 1955, Charles Alan Wright, en un fundamental trabajo titulado «The Law of Remedies as a Social Institution» (57), destacó la poca importancia que se daba a la cuestión del análisis de la elección de los remedios jurídicos frente a la lesión de un derecho, y afirmaba que este análisis se daba necesariamente en cada acción judicial. Frente al tratamiento fragmentario existente de los diferentes remedios, el autor proponía un análisis conjunto y coherente del sistema que permitiera en cada caso diseñar una estrategia judicial adecuada. El colofón de este punto de vista estaba en la necesidad de considerar la teoría de remedios en las actuaciones legislativas y formulaba cinco principios en forma de hipótesis de trabajo para un *law of remedies* que fuera socialmente útil y que sirviera efectivamente a prevenir y compensar daños. Por todo ello afirmaba que el derecho de remedios debía considerarse como una institución social, y las decisiones legales sobre remedios como actuaciones con gran repercusión en el orden social (58).

La LO 1/1982, en su artículo 9, regula de manera poco detallada y coherente las medidas de protección frente a las intromisiones ilegíti-

---

(57) Publicado en la *University of Detroit Law Review* núm. 18, 1955, pp. 376 y ss.

(58) En el mismo año, el autor publicó un primer *Casebook* de *remedies* que abriría el camino a otros muchos posteriores, Charles Alan WRIGHT, *Cases on Remedies*, St. Paul, Minn., West, 1955. En la actualidad, la obra de referencia en materia de *remedies* es el tratado en tres volúmenes de Dan B. DOBBS, *Law of Remedies. Damages. Equity. Restitution*, 3 vols, Practitioner Treatise Series, 2a ed., St. Paul, Minn., West, 1993, que también existe en forma de un solo volumen, publicado por West en 1993.

En relación con el derecho civil continental, el anglosajón de los *remedies* presenta singularidades que no son extrapolables, como la distinción entre *remedies at law* y *equitable remedies*, derivada de la dualidad histórica de jurisdicciones —de *Common Law* y de *Equity*—, y la teórica preferencia por la compensación por equivalente o dineraria mediante *damages* en lugar de la reparación en forma específica del derecho lesionado o *specific relief*, que se considera excepcional y sólo procede si la primera no se considera adecuada al caso concreto, mediante el llamado *adequacy test*. Sin embargo, los derechos continentales, y en particular el español en materia de daños, presentan la particularidad de la fragmentación de jurisdicciones competentes sobre parcelas de la realidad y la ausencia de jurado o *jury trial* en los pleitos civiles. Estos diferentes puntos de partida no ensombrecen para nada el potencial analítico del modelo anglosajón de *remedies* y su necesaria toma en consideración por el derecho continental, tanto por operadores jurídicos como por el legislador. La gran aportación de este sistema está en la configuración de una teoría unificada que distingue entre tipos de remedios según su función y operativa y establece las bases teóricas y prácticas para su elección y concesión. El sistema norteamericano demuestra la utilidad de analizar de manera conjunta la naturaleza y finalidad de la tutela concedida al demandante en un pleito civil frente a la violación de un derecho subjetivo. Este déficit en el análisis teórico y práctico se percibe en el derecho español y, en general, en los derechos continentales ajenos a la tradición del *Common Law* anglosajón, que trasciende en la materia la distinción entre derecho material y derecho procesal.

mas que, derivadas de la tutela judicial, comprenden «la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores». Con ello, la LO 1/1982 fija un sistema abierto de remedios civiles que se debe configurar con base en lo que el perjudicado solicite en protección de su derecho al honor y corresponda con los diferentes tipos de remedios que admite el ordenamiento jurídico. El art. 9.2 ejemplifica entre los remedios posibles: medidas cautelares de cesación, derecho de réplica, difusión de la sentencia e indemnización de perjuicios, que incluye tanto los daños patrimoniales como el daño moral. A estos remedios se añade el de la LO 2/1984, de 26 de marzo, *reguladora del derecho de rectificación*.

La articulación de un sistema de *numerus apertus* de remedios en materia de honor podría valorarse como un loable y especial empeño en admitir la máxima tutela de un derecho fundamental, pero también como una cierta dejación a la hora de explicitar el diseño de un sistema completo de protección del mismo derecho fundamental. El perjudicado debe considerar aquí de qué remedios dispone, realizar la pregunta básica de cuáles son los remedios que el ordenamiento jurídico pone a su disposición en tutela del derecho subjetivo lesionado. En segundo lugar, y también conforme a la teoría de *remedies*, deberá preguntar sobre el ajuste de estos remedios a las finalidades que concretamente persigue (59). Los remedios previstos en el art. 9.2 LO 1/1982, y que derivan de la misma, puede considerarse que tienen, por lo general, un carácter acumulativo. A estos remedios se añade, excepcionalmente en derecho civil, un remedio punitivo disponible por el perjudicado: la acción penal por calumnias o injurias, que en el caso que fracase tendrá unos efectos excluyentes y de pérdida total de la posibilidad de ejercicio de los demás remedios civiles, como ya se ha visto (60).

---

(59) DOBBS, *Law of Remedies*, cit., p. 1, expone esta cuestión del siguiente modo: «The law of judicial remedies determines the nature and scope of the relief to be given to a plaintiff once that plaintiff has established a substantive right by appropriate in-court procedures. The two major remedial questions are (1) what remedy or combination of remedies can or should be awarded? and (2) what is the measure, or the scope, of the remedy chosen?»

(60) Miquel MARTÍN CASALS en SALVADOR CODERCH, *El mercado de las ideas*, cit, p. 382, tipifica los remedios expresamente mencionados en la LO 1/1982 en el siguiente sentido: acción de cesación, acción de abstención (ambas las dos vertientes de la acción negatoria), derecho de réplica, difusión de la sentencia e indemnización de los perjuicios causados; por su parte, Fernando PANTALEÓN, «La Constitución, el honor y

Ante el estado de cosas creado por el Tribunal Supremo con su jurisprudencia, sólo si los perjudicados consideran que es indudable que la difamación de que han sido objeto constituye un delito de calumnias o injurias, entonces será razonable que opten, si así lo desean o consideran conveniente, por entablar un pleito penal mediante querrela criminal. En otro caso, lo razonable en términos de elección entre los remedios disponibles será iniciar un pleito civil y renunciar con ello a la posibilidad de recurrir a la jurisdicción penal y, así, a remedios punitivos. También si los perjudicados consideran, con base en un juicio de mera posibilidad del carácter delictivo de la difamación, que el único remedio que puede reparar la lesión que han sufrido lo constituye la sanción penal del ofensor, entonces procederá también la elección de la vía penal, que impedirá cualquier reparación civil posterior si ésta fracasa. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha situado al análisis estratégico de los remedios penales y civiles disponibles en un todo o nada: la elección de la acción penal supone una vía de no retorno a la civil. Elección que, en mi opinión, incluye a las autoridades y funcionarios cuando el procedimiento penal se inicie a instancia de éstos.

Teniendo en cuenta el nivel de desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la teoría de la opción, un error en la elección

---

el espectro de la censura previa», en *Derecho Privado y Constitución* núm. 10, 1996, pp. 209 y ss., clasifica los remedios jurídico-civiles en acción inhibitoria, acción de retractación o de rectificación, acción declarativa y acción indemnizatoria, junto con las sanciones punitivas que incluyen las penas por calumnia o por injuria y el comiso de las ganancias provenientes de dichos delitos. Con anterioridad, el mismo autor, «La Constitución, el honor y unos abrigos», en *La Ley 2/1986*, pp. 1689 y ss., al hacer referencia a los diferentes remedios disponibles, acción de cesación y de retractación, responsabilidad civil, responsabilidad penal y comiso, añadía las diferentes funciones que podían cumplir, reintegración del derecho lesionado, compensación, prevención de conductas antisociales y privación del enriquecimiento ilícitamente obtenido; también sobre los remedios en materia de honor, Pablo SALVADOR CODERCH en SALVADOR CODERCH / CASTIÑEIRA PALOU, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, cit., pp. 38 y ss. La teoría anglosajona de los *remedies* los clasifica en una tipología de remedios que dan lugar a una tutela compensatoria, coercitiva, declarativa, restitutoria y hasta punitiva, cfr. DOBBS, *The Law of Remedies*, cit., pp. 3 y ss. No debe confundirse la *restitution* anglosajona con la restitución prevista en el art. 111 CP, esta última se refiere a la recuperación de las cosas robadas u objeto del delito, mientras que la primera es mucho más amplia y debe entenderse en el sentido de restauración de una determinada situación con prevención del enriquecimiento injustificado. La elección entre el remedio compensatorio y el restitutorio, que en ambos casos puede consistir en una indemnización monetaria, implica optar entre valorar los daños con base en las pérdidas sufridas por el actor (*plaintiff's losses*) o bien en las ganancias obtenidas por el demandado (*disgorgement of gains*).

de los remedios disponibles podrá suponer, para el perjudicado, la pérdida de toda posibilidad de protección de su derecho fundamental al honor, a reserva de un potencial recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra la sentencia penal (61). Estaríamos aquí también en presencia de una negligencia grave del abogado que así aconsejara a su cliente, del cual no se puede predicar el conocimiento del derecho aplicable ni mucho menos del sentido de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero sí la decisión sobre el remedio a elegir una vez haya sido informado por aquél. A partir de la jurisprudencia aquí comentada, el *remedial analysis* incluye la necesidad de considerar detenidamente el ejercicio de una acción penal por honor, con los remedios punitivos que conlleva, a riesgo de perder irremisiblemente la oportunidad de utilizar los remedios civiles frente a una determinada intromisión ilegítima.

El aviso que el Tribunal Supremo lanza a la práctica judicial sobre derecho al honor es meridiano: a no ser que resulte verosímil la existencia de un delito de calumnias o injurias, a juicio de la víctima, o bien la tutela penal sea la única forma de reparar su honor, o bien lo sea de forma preferente o prevalente, la opción por los remedios civiles se impone sin duda en el diseño de la estrategia de respuesta frente a una difamación. De momento ésta es la única solución que cabe en la práctica, a reserva que el Tribunal Supremo cambie su doctrina o bien el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre ella al resolver un recurso de amparo. Mucho más fácil sería, si es que en términos de política jurídica se considera que la regla debe ser otra, modificar la LO 1/1982 sobre esta cuestión.

---

(61) La problemática se ha planteado abiertamente en la STC 21/2000, de 31 de enero, y cobra actualidad con la consolidación de la jurisprudencia del TS sobre la teoría de la opción. Si una vez fracasada la acción penal sobre honor no cabe la vía civil, entonces debería admitirse como último recurso solicitar una tutela meramente declarativa del TC en recurso de amparo, en el sentido único de apreciar la existencia de una lesión al honor, sin que existiera el agotamiento previo de la jurisdicción ordinaria, puesto que ello está vedado conforme a la opinión del TS. En el caso, el TC admitió el amparo, a pesar del voto particular del magistrado Tomás S. Vives Antón, quien planteaba la necesidad de recurrir a la vía civil de modo previo al amparo constitucional; sobre esta cuestión, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *El proceso penal como proceso de amparo del derecho al honor: comentario a la STC 21/2000*, cit.