

ESTUDIOS

Algunos aspectos procesales de la tutela jurisdiccional civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (y II)

LUIS M.^a URIARTE VALIENTE

Fiscal de la Audiencia Provincial de Pontevedra

SUMARIO: V. Problemas de jurisdicción: La protección civil o penal del Derecho al honor.–VI. La competencia judicial: Problemas que pueden suscitarse.–VII. Especialidades procedimentales de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil: 7.1 La intervención del Ministerio Fiscal en el Procedimiento: 7.1.1 El Ministerio Fiscal como demandante. 7.1.2 El Ministerio Fiscal como demandado. 7.2 Carácter preferente de la tramitación.–VIII. Las medidas cautelares.–IX. Bibliografía.

V. PROBLEMAS DE JURISDICCIÓN: LA PROTECCIÓN CIVIL O PENAL DEL DERECHO AL HONOR

Las intromisiones ilegítimas en el derecho al honor de las personas, como estamos viendo, constituyen un ilícito civil, pero al mismo tiempo, la conducta puede también tener trascendencia penal, como ocurre en los supuestos de los delitos de injurias y calumnias, en los que por su propia esencia, estaremos siempre en presencia de comportamientos que suponen atentados a este derecho fundamental de las personas. En este punto señala García Prada²⁹ que la construcción jurídico social del honor, llevada a cabo tradicionalmente en el campo del derecho penal, no impedía sin embargo que los conceptos esenciales de la misma no pudieran trascender a otros ámbitos jurídicos (civil y contencioso-administrativo, por ejemplo), y sobre todo a partir de la Declaración de los Derechos de la Persona y de las Constituciones, ya que no puede olvidarse que la llamada Teoría General del Derecho aparece integrada por una serie de conceptos y términos comunes que, dotados de unos mismos principios esenciales, sólo requieren su adaptación a cada una de las ramas de la ciencia jurídica.

²⁹ GARCÍA PRADA, M., «Ámbito de aplicación y ejercicio de acciones derivadas de la Ley Orgánica 1/1982, de protección del honor, la intimidad y la propia imagen», en Cuadernos de Derecho Judicial. Honor, intimidad y propia imagen, Madrid 1993.

La promulgación de la Ley Orgánica 1/1982, supuso el reconocimiento específico de la protección civil de este derecho, pero de ninguna forma se pretendía llegar a sustituir los cauces de protección penal del derecho al honor, pues como acertadamente señalaba Muñoz Machado³⁰, el legislador en todo momento fue consciente de que el ilícito civil que en esta ley se regulaba, era al mismo tiempo ilícito penal, señalando expresamente el párrafo cuarto del preámbulo de la ley que «*en los casos en que exista una protección penal tendrá ésta preferente aplicación, por ser, sin duda la de más fuerte efectividad*».

Sin perjuicio de ser éste un problema ya resuelto por el legislador, es preciso hacer un breve análisis del mismo y de la solución jurisprudencial en su momento aportada por nuestros Tribunales, pues ello contribuirá sin duda a facilitar la interpretación y comprensión de la dicción literal de la Ley, tras la reforma introducida por Ley Orgánica 10/1985, de 23 de noviembre, por la que se aprobaba el vigente Código Penal.

Como ya se adelantaba, el preámbulo de la Ley Orgánica 1/1982 reflejaba la voluntad legislativa de dar preferencia a la protección penal frente a la civil, en aquellos casos en los que las conductas ofensivas al honor, pudieran al mismo tiempo ser consideradas ilícitos civiles y penales, señalando expresamente el artículo 1.2 de la Ley en su redacción primitiva, que «*cuando la intromisión sea constitutiva de delito se estará a lo dispuesto en el Código Penal*». Ahora bien, como acertadamente señalaba O'Callaghan Muñoz³¹, los preámbulos o las exposiciones de motivos de las leyes, no son fuente de derecho, sino que sólo es fuente la ley, y esta, en su artículo 1.2, no establece tal preferencia, sino que se limita a recordar –lo que de otro lado parece obvio–, que en cuanto la conducta tenga apariencia delictiva, deberá estarse a las previsiones del Código Penal.

La redacción originaria del artículo 1.2 de la Ley Orgánica 1/1982, fue con frecuencia esgrimida por demandados en procesos civiles de protección frente a intromisiones ilegítimas en el derecho al honor de las personas, para alegar la incompetencia de jurisdicción en aquellos supuestos en los que la intromisión pudiera ser constitutiva de delito, al interpretar que el referido precepto establecía la preferencia de la jurisdicción penal sobre la civil, lo que debía llevar como consecuencia, y así se solicitaba en la práctica, la declaración de nulidad de todo el procedimiento civil enablado³², dejando abierta la vía penal para que la intromisión ilegítima fuera corregida.

La doctrina jurisprudencial, tras unas vacilaciones iniciales, resolvió la cuestión en el sentido de considerar que la acción civil no estaba en ningún caso condiona-

³⁰ MUÑOZ MACHADO, S. «Libertad de prensa y procesos de difamación», Ed. Ariel, Barcelona 1988.

³¹ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X, *op. cit.*

³² A pesar de que con frecuencia la estimación de la excepción de falta de jurisdicción se tradujo en la declaración de nulidad de todo lo actuado con anterioridad (en los casos en los que dicha estimación se llevó a cabo por la Sala Primera del Tribunal Supremo –como por ejemplo, la sentencia de 23 de febrero de 1989–, de la sentencia de instancia y apelación), señala acertadamente HERRERO-TEJEDOR (*op. cit.*), que el principio de conservación de las actuaciones procesales que proclama el artículo 243 de la LOPJ, debía traducirse, en el supuesto de que el Tribunal apreciara la falta de jurisdicción invocada, en la suspensión del curso de las actuaciones hasta la conclusión del procedimiento penal correspondiente, recobrando entonces su actualidad, bien como acción de responsabilidad civil ejercitada al margen de la penal, en el caso de una sentencia penal condenatoria, bien como una acción civil nacida de la Ley Orgánica 1/1982, en el caso de sentencia penal absolutoria, o resolución previa de sobreseimiento o archivo, pues no resulta lógico, continúa señalando, someter al justiciable al «calvario procesal» de recorrer toda la vía penal para tener que volver a iniciar la acción civil cuando aquella termine.

da por la acción penal cuando de delitos privados se tratara, haciendo una referencia expresa al artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando señala que *«si se ejercita sólo la civil que nace de un delito de los que no pueden perseguirse sino en virtud de querrela particular, se considerará desde luego extinguida la acción penal»*, y en este sentido, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1987 (Ponente Martín-Granizo Fernández), señalaba que *«lo que está haciendo el número 2 del artículo 1 de la Ley 1/1982 es sancionar un principio procesal fundamental ya consagrado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la preferencia inicial de la jurisdicción penal frente o ante las restantes cuando exista prejudicialidad –artículos 362, 504, etc..., de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, sobre todo, el artículo 10.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial– más ello no supone, en modo alguno, su exclusividad»*, para más adelante indicar que el supuesto que analiza, podía ser constitutivo de un delito privado (calumnia o injuria) *«...no perseguible de oficio, razón por la cual queda dentro de las facultades del particular ofendido optar por el ejercicio de la acción penal conjuntamente con la civil (art. 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) o solamente por la última»*.

Por su parte, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1996 (ponente Gullón Ballesteros), precisa aún más la solución al problema planteado, al señalar que *«es doctrina reiterada de esta Sala la de que lo decisivo es que, no pendiendo proceso penal alguno a consecuencia de esas imputaciones, ni estando condicionada la decisión de la cuestión objeto de este proceso civil por la previa calificación de los mismos como constitutivos de delito, nada se opone al ejercicio de la acción civil, pues la tesis contraria implica una restricción inaceptable de la tutela judicial efectiva (sentencias de 26 de enero y 24 de julio de 1993 y 26 de abril de 1994)»*.

Por lo tanto, y a la vista de todo lo anterior, puede afirmarse que la jurisdicción civil podría conocer, sin incurrir en ningún exceso, de cualquier demanda de protección del derecho al honor que se interpusiera ante la misma, incluso en el caso de que los hechos pudieran ser constitutivos de un delito privado (injuria o calumnia), siempre que no estuviera pendiente ningún proceso penal sobre los mismos hechos y que la cuestión que constituya el objeto del procedimiento civil, no estuviera condicionada a la previa calificación de la misma como constitutiva de delito, y ello porque si se promoviera sólo una acción civil, los Tribunales tendrían que entrar a conocer de ella, y sólo si se inicia un procedimiento penal sobre los mismos hechos, es cuando surgiría la cuestión prejudicial que obligaría a suspender el procedimiento civil hasta que recayera sentencia en el penal.

Ahora bien, todo lo expuesto hasta aquí, tiene su fundamento en el carácter privado de los delitos de injurias y calumnias en que podrían incurrir las intromisiones ilegítimas en el derecho al honor, que por la propia naturaleza potestativa del ejercicio de la acción que es de esencia a los mismos, habilitaría el simple ejercicio de acciones civiles y no penales. Cuando la intromisión ilegítima sin embargo, pudiera a su vez ser constitutiva de un delito perseguible de oficio, la cuestión cambia sustancialmente, al no poderse aplicar aquí el fundamento a que se ha hecho referencia. Esta posibilidad se suscitó con relativa frecuencia, bajo la vigencia del Código Penal de 1973, que tipificaba en sus artículos 240 y siguientes el delito de desacato, y que hacía que los ataques al honor de autoridades y funcionarios llegaran a constituir la conducta descrita en un tipo penal perseguible de oficio.

En el supuesto de de los delitos perseguibles de oficio, como pone de manifiesto Herrero-Tejedor³³, dos tesis contrarias vinieron a enfrentarse para tratar de aportar solución al problema. De una parte, Muñoz Machado³⁴ entendía que era preciso distinguir entre incompetencia de jurisdicción y prejudicialidad penal, de tal modo que el Juez de Primera Instancia ante quien se presentara una demanda, no podía aceptar nunca una excepción de incompetencia, porque sin duda, siempre resultaría competente para el conocimiento de una acción civil entablada ante el mismo. La cuestión sin embargo resultaría distinta en el momento en que se promoviere una acción penal sobre los mismos hechos, pues entonces surgiría una cuestión prejudicial penal, que obligaría al Juez de Primera instancia a suspender la tramitación del procedimiento ante él pendiente, conforme a lo previsto en el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal³⁵. En sentido contrario, Cabedo Nebot³⁶ entendía que la acción civil que nace del artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, no es una acción propia, sino que siempre deriva de la acción penal, y por ello, el ejercicio únicamente de la acción civil ante esta jurisdicción, siempre estará condicionado por la acción penal. La apreciación de esta acción penal en el proceso civil, continúa diciendo, siempre lo será por vía de falta de jurisdicción, y no por vía de prejudicialidad, y deberá apreciarse no sólo a instancia de parte sino también de oficio.

En un primer momento, fue la primera tesis la que apareció acogida por nuestra doctrina jurisprudencial, de la que constituye una interesante muestra la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1987 (Ponente Martín-Granizo Fernández) cuando señala que *«el precepto que se estima no aplicado –se está refiriendo al art. 1.2 de la LO 1/1982–, comienza así: «Cuando la intromisión sea constitutiva de delito...». Ello, supone o implica: a) Que se ha realizado una calificación «ab initio», (que en este caso se pretende proyectar sobre el actor) de la conducta del agente, ya que el «sea o no constitutiva de delito» es algo que corresponde determinar única y exclusivamente a los órganos judiciales a través del pertinente proceso; b) En consecuencia, habiéndose acudido por el presunto ofendido al orden jurisdiccional que le ofrece la citada Ley Orgánica 1/82, si el órgano ante el que se ejercita la acción, en este caso el civil, se consideró competente para conocer de la cuestión ante él planteada, ello conlleva el que estimando que la intromisión no era constitutiva de delito, era él quien ostentaba la competencia, con lo cual el contenido de la referida Ley quedaba suficientemente cumplido;»*

No obstante lo anterior, la segunda postura de las anteriormente enunciadas se fue abriendo paso en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo a partir de la sentencia de 11 de noviembre de 1988, que en el apartado segundo del fundamento primero señalaba que *«tratándose de un hecho tipificado como desacato en el Código Penal, eminentemente de naturaleza pública y perseguible ex officio, por lo que la reclamación de una indemnización en vía civil omitiendo la jurisdicción penal vicia a aquella de nulidad por la falta de jurisdicción para juzgar un hecho reservado a ésta»*, y en el mismo sentido, señalaba la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7

³³ HERRERO-TEJEDOR, F., *op. cit.*

³⁴ MUÑOZ MACHADO, S. «Mitos, insuficiencias y excesos en la construcción jurídica de las acciones por difamación», Revista del Poder Judicial número 1, marzo 1986, pp. 11 y ss.

³⁵ El artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala que «promovido un juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho, suspendiéndole, si lo hubiere, en el estado en que se hallare hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal».

³⁶ CABEDO NEBOT, «Sobre las acciones por difamación», Revista del Poder Judicial núm. 2 de junio de 1986, p. 33 y ss.

de febrero de 1989 que «...no cabe que se prescinda de esta jurisdicción (penal) para conseguir por agravio particular lo que como ejerciente de un cargo se imputa y puede constituir un delito perseguible ex officio y a cuya renuncia de acción penal no cabe, en modo alguno, acceder» (en el mismo sentido, las sentencias de 16 de octubre de 1990, 17 de mayo de 1991, 4 de octubre de 1991 y 14 de noviembre de 1991).

Esta solución derivaba lógicamente de la obligación tanto del Órgano Judicial como del Ministerio Fiscal que en todo procedimiento de protección del honor tiene la obligación de intervenir, de proceder a poner en conocimiento del Órgano Judicial competente cualquier comportamiento que presente caracteres de delito perseguible de oficio, lo que necesariamente motivaría la incoación del correspondiente procedimiento penal, que obligaría a paralizar el civil iniciado.

Finalmente, esta nueva situación, volvió a experimentar un nuevo cambio de posición jurisprudencial como consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional 241/1991, de 16 de diciembre donde se estimaba el recurso de amparo interpuesto por quien, tras obtener sentencias civiles estimatorias de su pretensión de protección del derecho al honor frente a intromisiones ilegítimas en primera y segunda instancia, vio como el Tribunal Supremo, resolviendo el recurso interpuesto por los demandados, apreció la falta de jurisdicción, anulando el procedimiento seguido en vía civil por considerar preferente la jurisdicción penal frente a la civil. Señalaba el Tribunal Constitucional que «la sentencia impugnada, al deslindar el ámbito de las acciones civil y penal que la legislación vigente (art. 1 LO 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 artículo 18.1 de la Constitución Española, ha interpretado la norma aplicable en el sentido más restrictivo y menos favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española 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 los mencionados derechos de la persona a favor de la vía penal, que ha de estimarse desproporcionada respecto al fin perseguido por la norma legal y que pugna con el principio de intervención mínima que preside el orden penal, llegando, 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», y añade posteriormente esta misma sentencia 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 artículo 1.2 de la Ley Orgánica 1/1982, ni por conexión con aquél, los artículos 111 y 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 362 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 10.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, les obligan a ello, con lo que la sentencia que se impugna, al 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 de la Constitución Española) del ahora solicitante de amparo y, como resultado último, al negarle el ejercicio de la acción de protección civil al honor, a la intimidad y a la propia imagen, ha venido también a lesionar dichos derechos fundamentales».

Pues bien, esta elaborada doctrina jurisprudencial acerca de los problemas de jurisdicción que podían suscitarse en relación con los comportamientos que, suponiendo una intromisión ilegítima en el derecho al honor de las personas, pudieran revestir caracteres delictivos, fue acogida por el legislador incorporándola al texto

positivo de la ley, al recoger la Disposición Final Cuarta de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprobaba el Código Penal, una previsión de reforma del artículo 1.2 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, que ahora quedaba redactado del siguiente modo: «*el carácter delictivo de la intromisión no impedirá el recurso al procedimiento de tutela judicial previsto en el artículo 9.ª de esta Ley. En cualquier caso, serán aplicables los criterios de esta Ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada del delito*». Posteriormente la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 abordó la cuestión de la prejudicialidad penal en su artículo 40, al señalar que:

«1. Cuando en un proceso civil se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito o falta perseguible de oficio, el tribunal civil, mediante providencia, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal.

2. En el caso a que se refiere el apartado anterior, no se ordenará la suspensión de las actuaciones del proceso civil sino cuando concurran las siguientes circunstancias:

1.ª Que se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil.

2.ª Que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil.

3. La suspensión a que se refiere el apartado anterior se acordará, mediante auto, una vez que el proceso esté pendiente sólo de sentencia.»

Por lo tanto, el problema aparece definitivamente zanjado, ya que ahora deberá siempre admitirse la competencia y jurisdicción de los Tribunales Civiles para el conocimiento de las acciones que se ejerciten por vulneración o intromisión ilegítima en los derechos al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, y solamente en aquellos supuestos en los que los hechos pudieran ser constitutivos de infracción penal, el Tribunal Civil lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, que en su caso, presentará la correspondiente denuncia ante el Tribunal Penal competente, sin que ello suponga en principio la suspensión del procedimiento civil iniciado, hasta que, en su caso, se notifique fehacientemente al Tribunal Civil la existencia de un procedimiento penal sobre los mismos hechos, o en aquellos supuestos en los que lógicamente, estemos en presencia de alguno de los casos en los que la decisión del Tribunal Penal que recaiga en el procedimiento en este orden jurisdiccional iniciado, pueda tener influencia decisiva en la resolución del asunto civil, supuestos todos éstos en los que, conforme al apartado 3.º del artículo 40 al que me acabo de referir, deberá acordarse la suspensión, pero sólo en el momento en el que el proceso civil esté pendiente de sentencia.

VI. LA COMPETENCIA JUDICIAL: PROBLEMAS QUE PUEDEN SUSCITARSE

Con anterioridad a la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, se suscitaron algunos problemas de competencia judicial a la hora de la

determinación del Juez competente para conocer de determinadas demandas de protección frente a intromisiones ilegítimas en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, problemas estos que, unidos a una concepción mucho más lógica de los criterios de determinación de la competencia, en la que se atendía más a la persona de la víctima de la intromisión ilegítima, que al lugar en que se produjo la intromisión, acabaron sirviendo de sustento a la reforma legislativa, que vino a acoger en la nueva ley unas reglas de determinación de la competencia judicial totalmente opuestas a las hasta entonces vigentes. Conviene no obstante analizar la situación existente con anterioridad a la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no sólo porque los problemas que entonces se suscitaron vinieron a sustentar el cambio legislativo, sino también porque la mejor comprensión de los criterios de competencia ahora existentes, pasa necesariamente por comprender la situación que le precedió.

En materia de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, existía una norma especial determinadora de la competencia judicial en el artículo 11.1 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, aplicable a este proceso de tutela, como sabemos, en virtud de la previsión contenida en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 1/1982, que señalaba que *«las reclamaciones por vulneración o desconocimiento de los derechos fundamentales de la persona, comprendidos en el ámbito de esta Ley, o para impugnar pretensiones relativas a los mismos, no comprendidas en los artículos segundo y sexto de la misma, se formularán ante los Juzgados de Primera Instancia correspondientes a la localidad donde se haya producido el hecho o donde radique el registro u oficina en que deban manifestarse.»*

En un primer momento se suscitaron algunas dudas acerca de si la regla que debía determinar la competencia judicial en estos procedimientos, era la previsión especial recogida en el artículo 11.1 de la Ley 62/1978, o por el contrario la regla general que establecía el artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que venía a establecer que cuando la demanda se dirigiera simultáneamente contra dos o más personas que residieran en pueblos diferentes, sería Juez competente el del domicilio de cualquiera de los demandados, a elección del demandante. Sin perjuicio de que inicialmente existió algún pronunciamiento Judicial que se inclinaba por esta última opción, como la sentencia de 11 de junio de 1986, del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Barcelona³⁷, no pasó mucho tiempo sin que se llegara a consolidar definitivamente la primera opción como la más correcta.

El siguiente punto de controversia surgido, y el que con toda seguridad suscitó mayores interpretaciones contradictorias en los órganos judiciales, fue el referente a la determinación exacta de lo que debía de entenderse por «lugar de producción» del hecho atentatorio contra el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen. La expresión utilizada por el artículo 11.1 de la Ley 62/1978, *«la localidad donde se haya producido el hecho o donde radique el registro u oficina en que deban manifestarse»* fue interpretada por nuestros tribunales en sentido literal, señalando por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1990 que *«...la trasgresión del derecho al honor está catalogada dentro de los llamados delitos civiles, y de ahí que al determinar la competencia territorial, se atienda al principio del forum delicti*

³⁷ Sentencia citada por HERRERO-TEJEDOR, F. *op. cit.*, p. 314.

comissi». Ahora bien, la determinación de la competencia sin embargo no aparecía de tan fácil solución en los casos de intromisiones ilegítimas en el honor, intimidad o imagen de una persona, cuando ésta se llevaba a cabo a través de un medio de comunicación social, y más concretamente, cuando se trataba de un medio escrito de difusión, pues en tal caso, la determinación de qué habría de entenderse por lugar de producción del hecho, admitía en principio varias soluciones igualmente confusas todas ellas, pues no en vano, podían esgrimirse distintos argumentos, válidos todos ellos, para sostener que el lugar de la producción del hecho era el lugar en el que la noticia fue escrita, o la imagen fue captada, el lugar de la sede del medio de comunicación, desde donde se diseñó la publicación de la información o imagen ilícita, el lugar desde donde se llevó a cabo la impresión de la publicación, o finalmente, cualquiera de los lugares en los que se ha distribuido la publicación, pues es allí donde la información o imagen ilícita ha entrado en contacto con el público, consumándose la agresión ilícita.

La dificultad de abordar este problema, puede apreciarse en la gran mayoría de los supuestos que han llegado a nuestro Tribunal Supremo, de entre los que puede mostrarse, a título de ejemplo, el que fue resuelto por sentencia de 11 de noviembre de 1995, en un supuesto en que se planteaba una cuestión de competencia por la Fiscalía de Madrid, que propugnaba la competencia de los Juzgados de Barcelona, adhiriéndose sólo uno de los diversos demandados a la tesis del Fiscal «...al entender que, conforme a la Sentencia de esta Sala de 30 abril 1990, ha de atenderse al «Forum delicti comissi», de forma que, realizada la intromisión mediante la prensa escrita, el hecho debe considerarse producido, no en el lugar donde se escribe el artículo o se imprime la revista, sino en aquél en que se pone a disposición del público para que pueda ser leído, que es el lugar de distribución, y realizada la misma por «Distribuciones Periódicas, SA», con domicilio en Barcelona, la competencia corresponde a los juzgados de dicha ciudad. Por el contrario, el juzgado número 37 de la misma, de acuerdo con lo dictaminado por su fiscalía, tomando en consideración que la revista «Tiempo» tiene su redacción y administración en Madrid, que cuatro números de la Revista fueron impresos en Alcobendas y sólo dos en Barcelona (eran seis los números de la revista en los que se publicaba el reportaje que el demandante consideraba ofensivo para sus derechos fundamentales), que la distribución en Barcelona no tiene mayor importancia o significación que la redacción del artículo o la orden de su publicación y que es hecho notorio que la revista «Tiempo» se distribuye coetáneamente por todo el territorio nacional, estima que, a lo más, podría hablarse de fueros concurrentes y en y tal caso la competencia corresponde a Madrid por ser el que primero empezó a conocer de la causa. El Ministerio Fiscal de esta Sala primera dictaminó en favor de la competencia del Juzgado de Primera Instancia número 26 de los de Madrid, por las razones expuestas por la Fiscalía de Barcelona, recogidas en el auto del Juzgado de aquella Capital.» Este supuesto, fue finalmente resuelto en el sentido de determinar la competencia de los Juzgados de Madrid, pero no en atención a las reglas de competencia, sino, como ha sido frecuente en nuestra doctrina jurisprudencial –situación a la que luego me referiré–, en atención a la sumisión tácita de los demandados a los Juzgados de Madrid. El problema que analizamos fue definitivamente resuelto en el sentido de considerar Tribunal competente al «...órgano judicial del lugar donde se efectuó la edición y distribución de la publicación correspondiente, ya que predomina el hecho causante de la supuesta intromisión» (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1999).

Este problema sin embargo, y como ya ha quedado dicho, en numerosas ocasiones fue obviado por el Tribunal Supremo, al entender que se había producido una sumisión

tácita por parte de los demandados a un Tribunal distinto del que debía conocer del litigio, prevaleciendo entonces las normas determinadoras de la competencia de la sumisión, frente a las específicas de la Ley 62/1978, y así, en este sentido, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1990 cuando señala que el *forum delicti commissi*, criterio determinante de la competencia en estos delitos, frente a la improrrogabilidad que presenta en la jurisdicción criminal, no es ajeno a otros criterios en la civil, «...ya que pueda prorrogarse a Juez o Tribunal que por razón de la materia, de la cantidad objeto de litigio y de la jerarquía que tenga en el orden judicial pueda conocer del asunto que ante él se proponga (art. 54 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)» señalando más adelante que el fuero que establece el artículo 11 de la Ley 62/1978, es un fuero territorial, y como tal, cede en los supuestos de sumisión expresa o tácita previstos en el artículo 56 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en el mismo sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1994, 11 de noviembre de 1995).

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1994, enfocaba el problema desde el punto de vista de la conveniencia de tener en cuenta a la víctima de estas intromisiones ilegítimas en la determinación de la competencia, al señalar que «...parece que, en principio, en los casos de agresiones atentatorias al derecho al honor realizadas a través de publicaciones, la competencia territorial habría de concederse a favor de aquellos órganos jurisdiccionales que radicasen en el lugar de la edición de la publicación en cuestión, sin embargo, debido a la peculiar naturaleza de los ataques al honor por medio de textos periodísticos, en los que cobra especial relieve la difusión de la noticia y que encuentra su cota más alta en el punto de residencia de la persona afectada, al ser ahí, precisamente, donde la noticia propagada origina el mayor quebranto al honor personal y familiar del agraviado y en el ámbito profesional y social del mismo, ello determina la duda racional de que en el caso concreto de autos, aquella regla inicial pueda experimentar una variación en el sentido de poder otorgar preferencia al fuero territorial que sea propio a la parte actora». Esta circunstancia, unida sin duda a las dificultades que en la práctica planteaba el problema de la determinación de la competencia en los supuestos en los que las demandas se dirigían contra medios de comunicación social, influyeron sin duda en el ánimo del legislador que, adoptando un criterio mucho más lógico, introdujo en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 una regla especial de determinación de la competencia para estas demandas, al señalar el apartado 6.º del artículo 52.1 que «en materia de derecho al honor, a la intimidación personal y familiar y a la propia imagen y, en general, en materia de protección civil de derechos fundamentales, será competente el tribunal del domicilio del demandante, y cuando no lo tuviere en territorio español, el tribunal del lugar donde se hubiera producido el hecho que vulnere el derecho fundamental de que se trate», excluyéndose además en el artículo 54.1 la excepción de sumisión expresa o tácita para estos supuestos.

VII. ESPECIALIDADES PROCEDIMENTALES DE LA LEY 1/2000 DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, hace referencia a la tutela jurisdiccional del derecho al honor, a la intimidación y a la propia imagen, en el apartado segundo del número primero del artículo 249, en el que se regula el ámbito

del juicio ordinario, para establecer que se decidirán en juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía, las demandas «*que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen*». Pero el citado precepto no se limita únicamente a establecer el cauce procesal adecuado para el desarrollo de esta clase de procedimientos, sino que por el contrario, extiende su previsión al establecimiento de dos importantes especialidades procesales que deberán estar presentes en todo caso en la tramitación de las demandas que, por la determinación de su objeto, y conforme a lo que aquí se prevé, deban seguir este cauce procesal.

Efectivamente, se refiere el precepto antes aludido a la necesaria intervención del Ministerio Fiscal en esta clase de procedimientos y al carácter preferente que en todo caso ha de tener su tramitación. En consecuencia y por lo tanto, el marco que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece para las pretensiones de tutela judicial del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, viene constituido por la regulación que en la misma se establece para el juicio ordinario, a la que deberá en todo caso dársele una tramitación preferente, y en la que deberá proveerse siempre la intervención del Ministerio Fiscal.

7.1 LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCEDIMIENTO

El artículo 124 de la Constitución Española encomienda al Ministerio Fiscal la defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, proclamación ésta que a su vez aparece consagrada en el artículo 1.º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Esa defensa de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, impone de manera especial al Ministerio Fiscal, como no podía ser de otro modo, su intervención en materia de protección de derechos fundamentales, lo que tiene su reflejo específico en el apartado tercero del artículo 3 de su Estatuto Orgánico que le impone la obligación de velar por «*los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa*».

La necesaria intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales reconocida ya desde el Estatuto Orgánico de 30 de diciembre de 1981 sin embargo, no gozó de un pleno reconocimiento en la legislación aplicable en materia de protección de los derechos reconocidos en el artículo 18.1 de la Constitución Española, hasta la promulgación de la actualmente vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, pues no en vano, la Ley Orgánica 1/1982, únicamente aludía a la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento de tutela de los derechos fundamentales a que se refería, con motivo de la regulación de la legitimación activa de éste para el ejercicio de las acciones de protección en caso de fallecimiento del titular del derecho vulnerado (art. 4.3).

Me refiero a un reconocimiento pleno de la necesidad de intervención del Ministerio Fiscal en estos procedimientos, pues efectivamente, el artículo 9.1 de la Ley Orgánica 1/1982, establecía la posibilidad de recabar la protección jurisdiccional de los derechos que regulaba, a través de las vías procesales ordinarias, a través del procedimiento preferente y sumario a que se refería el artículo 53.2 de la Constitución Española, o a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional; y si bien es cierto que la intervención del Ministerio Fiscal en el recurso de amparo sí aparecía regulada como preceptiva en el artículo 47.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Consti-

tucional, del mismo modo que se regulaba –art. 12– su intervención en el procedimiento de la Ley 62/1978³⁸ al que se remitía la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 1/1982, como procedimiento aplicable en tanto no fueran desarrolladas las previsiones del artículo 53.2 de la Constitución, en aquellos supuestos en los que el procedimiento de protección frente a intromisiones ilegítimas en el derecho al honor, en la intimidad personal y familiar y en la propia imagen se desarrollara a través de las vías procesales ordinarias (juicio ordinario de menor cuantía), en ningún momento estaba prevista, ni se llevaba a cabo en modo alguno la intervención del Ministerio Fiscal.

Se producía en consecuencia una situación extraña y anómala, en la que la intervención del Ministerio Fiscal en un determinado procedimiento venía determinada, no por la especial naturaleza y trascendencia de la materia objeto del mismo, sino por las concretas normas procesales que regulaban su desarrollo, y si esto no tiene por qué plantear problema alguno en términos generales –en todos aquellos procedimientos que aparecen específicamente regulados para atender una materia especial (procedimientos especiales)–, si aparecía relevante en un supuesto en el que una materia especialmente peculiar y trascendente –la protección de derechos fundamentales–, se tramitaba a través del procedimiento más común y ordinario que recogía nuestra Ley Procesal Civil, el juicio declarativo ordinario de menor cuantía.

Así pues, nos encontrábamos ante una situación en la que, además del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, existían dos cauces ordinarios para impetrar de los Tribunales la tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos que la Ley Orgánica 1/82 regulaba, el procedimiento especial y sumario que regulaba la Ley 62/1978, que se remitía al trámite de los incidentes de la Ley de Enjuiciamiento Civil entonces vigente, y el juicio ordinario de menor cuantía que con carácter general regulaba la referida Ley de Enjuiciamiento Civil, con la consecuencia de que mientras que si se seguía el trámite de la Ley 62/1978, la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento era preceptiva, sin embargo no se daba intervención alguna de éste si el procedimiento se tramitaba conforme a las normas que regulaban el juicio ordinario de menor cuantía.

Sin embargo, y a pesar de esa dualidad de procedimientos con diferente intervención del Ministerio Fiscal en cada uno de ellos, parecía lógico que, no obstante la precisión y claridad de la regulación procesal, debiera de algún modo darse intervención al Ministerio Fiscal en los procedimientos de protección de los derechos fundamentales que se promovieran ante los Tribunales, y en este sentido, señalaba la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 706/1992, de 9 de julio que *«para resolver acerca de la expresada intervención fiscal es preciso tener en cuenta: a) Que no debe atenderse exclusivamente al dato meramente procesal de que en litigio sobre derechos fundamentales reconocidos en la Constitución se siga un proceso declarativo u otro (el incidental o el juicio de menor cuantía), sino que debe más bien tenerse en cuenta la naturaleza de la cuestión litigiosa y su «causa petendi», que ha sido en el caso debatido resolver acerca del alcance en concreto de los artículos 18.1 y 20.1 del Cuerpo legal fundamental, o sea sobre los derechos de la libertad de expresión e información y el derecho al honor del recurrente; de modo que debe quedar deferida a*

³⁸ Me refiero a la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona de 26 de diciembre de 1978, cuyo artículo 12, apartado 3.º, señala que «el Ministerio Fiscal siempre será parte de estos procedimientos».

cuestión de segundo orden el procedimiento declarativo que efectivamente se haya seguido. b) Nada en contra resulta de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 mayo, sobre protección del honor, en cuanto por el contrario esta Ley permite en su artículo 9.1 que la tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen podrá recabarse «por las vías procesales ordinarias» o por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución. c) Abona esta conclusión, al tratarse de debate sobre derechos fundamentales de la persona reconocidos en la Constitución y, por tanto, de orden público, lo dispuesto en los artículos 1, 3, núms. 3, 6 y 12, y 6, párr. 2 y artículo 27 del vigente Estatuto del Ministerio Fiscal, Ley de 30 de diciembre de 1981. d) Desde un aspecto predominantemente procesal y orgánico nada en contra se deduce tampoco de los artículos 483, 2.º y 484, 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, redacción por Ley de 6 de agosto de 1984 y de la modificación en ellos introducida por la Ley de 30 de abril de 1992, en cuanto esta última de manera expresa, en el nuevo artículo 1712 de la Ley Procesal, exige cuando el proceso verse sobre derechos fundamentales que la Sala 1.ª del Tribunal Supremo se constituya con cinco Magistrados, como se hizo en el presente recurso; precepto, no obstante su naturaleza estrictamente procesal y orgánica, que se refiere a un procedimiento (ya declarativo ordinario, ya incidental) cuya finalidad específica es versar sobre aquellos derechos constitucionales, no como cuestión marginal o secundaria del litigio (como cuando frecuentemente se alega la infracción del artículo 24 de la Constitución), sino como cuestión esencial y objeto principal de la litis. e) Todo ello, al menos en tanto no se desarrolle la norma contenida en la disposición transitoria 2.ª de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982; conclusiones por otra parte que corrobora, conforme con lo razonado, el artículo 435 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985. En definitiva, se mantiene ahora el mismo criterio que ya señaló esta Sala en su Sentencia de 2 de enero de 1991, acorde con estimar la conveniencia, dimanada del ordenamiento jurídico vigente, de la intervención del Ministerio Fiscal en esta clase de litigios, debiendo en consecuencia ordenarse su citación para la vista del recurso de casación, cualquiera que sea el momento en que se advierta no haber sido citado al proceso, y toda vez que tal citación e intervención, aunque se manifieste con retraso, convalida las actuaciones anteriores, al no integrar en puridad causa de nulidad de las mismas en el ordenamiento vigente, como se comprueba con el examen de los artículos 247 a 253 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 742, párr. 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y se deduce del criterio seguido por la Sentencia de 21 de mayo de 1988, al convalidar lo actuado en primera y segunda instancia, sin haber solicitado nulidad por la no intervención en ellas del Ministerio Público, quedando sanado tal defecto, cuando, además en el caso debatido, no se acreditó indefensión de ninguna de las partes, y fue citado para el recurso de casación.»

Finalmente, la necesidad de la intervención del Ministerio Fiscal en todo procedimiento de protección jurisdiccional civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, apareció recogida, como hemos visto, en la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, al establecerse en la misma un procedimiento único –sin perjuicio del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional– para esta tutela judicial³⁹, y recogerse expresamente en la regulación del mismo esta necesidad de intervención del Ministerio Fiscal.

³⁹ El apartado 3.º del número 2 de la disposición derogatoria única de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, proclama expresamente la derogación de los artículos 11, 12, 13, 14 y 15 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.

Llegados a este punto, es preciso analizar la peculiar posición que el Ministerio Fiscal ocupa en el procedimiento, en el que cabe preguntarse si puede intervenir como parte demandante, promoviendo la acción de la justicia para la protección de un derecho fundamental ajeno que considere vulnerado, lo que puede suscitar algún problema de «legitimación moral», pues se hace extraño que el Ministerio Fiscal pueda ejercitar acciones para la protección de un derecho fundamental que su titular puede no considerar vulnerado, o como parte demandada, si bien planteándose en este último caso la verdadera naturaleza de la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento, pues en realidad, no es el Ministerio Fiscal quien debe responder de la intromisión ilegítima en los derechos tutelados, y por lo tanto, su posición procesal como demandado, resulta cuando menos chocante.

7.1.1 El Ministerio Fiscal como demandante

Con anterioridad a la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, el procedimiento para la resolución de las demandas de protección del derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, como sabemos, venía constituido, además de por el juicio declarativo ordinario de menor cuantía, por el procedimiento que regulaba la Ley 62/1978, de 26 de diciembre. Como quiera que el artículo 12.1 de ésta se refería expresamente al Ministerio Fiscal como legitimado para el ejercicio de la acción que esta misma ley llamaba genéricamente «garantía civil», se vino admitiendo con carácter general, la legitimación activa del Ministerio Fiscal para el ejercicio de las acciones reguladas en la Ley Orgánica 1/1982.

Con la nueva regulación que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil, la cuestión cambia sustancialmente, y ello porque al derogar expresamente ésta la Ley 62/1978, la regulación ahora vigente viene a estar constituida por la Ley Orgánica 1/1982, reguladora de los aspectos sustantivos de la protección, y por la Ley de Enjuiciamiento Civil, en todo lo relativo a los trámites procesales que han de ser observados, y como ya antes apuntábamos, ni la Ley Orgánica 1/1982, ni la Ley de Enjuiciamiento Civil, contienen previsión expresa de la que quepa deducir la voluntad legislativa deliberada de atribuir legitimación activa al Ministerio Fiscal para el ejercicio de esta clase de acciones.

Efectivamente, la Ley Orgánica 1/1982, a pesar de regular en diferentes pasajes algunos supuestos concretos de legitimación –personas fallecidas, continuación de acciones entabladas, menores e incapaces–, no se refiere a la legitimación activa del Ministerio Fiscal mas que en los concretos supuestos de fallecimiento del titular del derecho vulnerado del artículo 4.3, así como en los casos de consentimiento a la intromisión en el ámbito del honor, intimidad o propia imagen de menores e incapaces prestado por su representante legal a que se refiere el artículo 3.2, que permite la oposición del Ministerio Fiscal. Por lo tanto y a la vista de la regulación positiva, no cabe sostener que la ley prevea expresamente la legitimación activa del Ministerio Fiscal en el ejercicio de esta clase de acciones.

La Ley de Enjuiciamiento Civil por su parte, como ya antes veíamos, se limita a señalar en el artículo 249.2, que en estos procesos *será siempre parte el Ministerio Fiscal*, pero una cosa es la intervención en el procedimiento como parte formal, y otra bien distinta es el ejercicio de la acción, esto es, la capacidad para poner en funcionamiento el mecanismo judicial de tutela de un derecho fundamental que, a pesar de

su trascendencia al interés público que el Ministerio Fiscal tiene que tutelar, no deja de ser un derecho personalísimo, integrado en la propia personalidad del individuo, cuyo ejercicio por un tercero, aunque éste sea el Ministerio Fiscal, se antoja ciertamente extraño. Piénsese que el ejercicio de acciones por intromisiones ilegítimas en el honor, intimidad o imagen de una persona, requiere en primer lugar una valoración previa de la conducta extralimitada en relación con las circunstancias concretas de la persona ofendida, de tal modo que sólo podremos hablar de intromisión ilegítima cuando, según el criterio del ofendido, el comportamiento ajeno haya traspasado la delgada línea que delimita su concepto de honor, su concepto de círculo de intimidad o su concepto de imagen personal excluida del conocimiento ajeno, sin perjuicio de que luego esa valoración subjetiva deba ser matizada con ciertos criterios de carácter objetivo. En segundo lugar, y luego que el sujeto pasivo de la intromisión haya calificado como agresión a su honor, intimidad o imagen la conducta ajena, es preciso llevar a cabo un segundo ejercicio de valoración que pondere la oportunidad de ejercitar acciones civiles frente a la intromisión, influyendo en el ánimo del sujeto ofendido diversas y trascendentes variables para llegar a esta segunda determinación, como pueden ser la posibilidad de que la persona ofendida quiera hacer uso del perdón al agresor, o que no considere oportuno el ejercicio de las acciones por entender que el mismo puede dar mayor publicidad y trascendencia al suceso, de modo tal que repercuta más negativamente en su honor, intimidad o imagen, o que simplemente, prefiera el ejercicio de las acciones penales frente a las civiles.

Pues bien, estos dos estadios de valoración a que se acaba de hacer referencia, son difícilmente asumibles por el Ministerio Fiscal como defensor de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley. Es más, serían difícilmente asumibles por cualquier otra persona que no fuera el propio perjudicado por la intromisión ilegítima, salvo aquellas personas que por pertenecer al ámbito personal más próximo al ofendido, se encuentren en condiciones de apreciar los anteriores extremos objeto de valoración, toda vez que esta valoración, depende tanto de la propia personalidad del individuo, como los propios derechos controvertidos a que aquí nos referimos.

Además de este argumento en contra de la legitimación activa para el ejercicio de la acción por parte del Ministerio Fiscal, señala Herrero-Tejedor⁴⁰, que resultaría bastante incongruente que para el ejercicio de la protección penal del derecho al honor fuera necesaria la denuncia de la persona agraviada (art. 215 del Código Penal), y sin embargo fuera posible la demanda civil de protección sin la voluntad del ofendido, añadiendo que la aplicación del principio de oportunidad que siempre conlleva el ejercicio de acciones en defensa del honor, se compadece mal con el principio de legalidad por el que debe regirse la actuación del Ministerio Fiscal.

En consecuencia y según lo expuesto, considero que el Ministerio Fiscal carece de legitimación activa para el ejercicio de las acciones que regula la Ley Orgánica 1/1982. Sin embargo, es posible establecer una excepción al planteamiento general que se acaba de hacer, y que no es otra que el reconocimiento de la legitimación activa para el ejercicio de esta clase de acciones al Ministerio Fiscal, cuando dicha legitimación viene determinada por sustitución procesal, es decir, cuando el Ministerio Fiscal, conforme a las expresas previsiones de la ley, está legitimado para el ejercicio de las acciones que corresponden a otras personas, como podría ser el caso del

⁴⁰ HERRERO-TEJEDOR, F., *op. cit.*

ejercicio de acciones en defensa y representación de menores de edad o personas desvalidas que con carácter general atribuye nuestro ordenamiento jurídico al Ministerio Fiscal, o el ejercicio de las acciones de protección frente a intromisiones ilegítimas en el ámbito del derecho al honor, intimidad personal o familiar o propia imagen de personas fallecidas, en las condiciones y supuestos a que alude el anteriormente referido artículo 4.3 de la Ley Orgánica 1/1982. En estos casos, no es que el Ministerio Fiscal pueda llevar a cabo la valoración de la oportunidad del ejercicio de la acción a que antes nos referíamos, sino que precisamente, el ordenamiento jurídico le atribuye la obligación de situarse en el lugar de estas personas para llevar a cabo la protección de sus intereses, y por lo tanto, la valoración de los extremos a que antes me refería, no se lleva a cabo ya desde la defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos considerados genéricamente y del interés público tutelado por la ley, sino que la valoración y ponderación necesaria para el ejercicio de las acciones, ha de llevarse a cabo con criterios de oportunidad, enfocada ésta desde la perspectiva del ofendido en cuyo lugar se actúa.

Es por ello por lo que entiendo, que puede sentarse como regla general la de que el Ministerio Fiscal carece de legitimación activa para el ejercicio de esta clase de acciones, salvo en los supuestos en los que lo haga por sustitución procesal de aquellas personas que no se encuentren en condiciones de ejercitar por sí las acciones, y siempre que exista una previsión expresa en ese sentido en la ley.

7.1.2 El Ministerio Fiscal como demandado

Como venimos diciendo, el artículo 249 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que en todos los procesos en los que se pretenda la tutela del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar o a la propia imagen, será siempre parte el Ministerio Fiscal, pero sin embargo, no determina con precisión la concreta posición procesal que el Representante Público ha de ostentar. En principio, la cuestión no tendría que suscitar ninguna duda, toda vez que si partimos de la dualidad de partes que intervienen en el proceso civil –demandante y demandado–, y si se considera, como se acaba de poner de manifiesto, que el Ministerio Fiscal sólo excepcionalmente podrá ocupar la posición de demandante, habrá que concluir lógicamente que la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos a que se refiere el artículo 249.1 apartado 2.º, deberá ser siempre en calidad de demandado.

Ahora bien, de las diferentes intervenciones que puede tener el Ministerio Fiscal en un proceso civil, es posible distinguir aquellos casos en los que interviene como una parte más, ostentando la titularidad de los mismos derechos y obligaciones que las demás partes, de aquellos otros en los que interviene como dictaminador necesario, ocupando una posición distinta a la de las partes en sentido estricto.

A estas dos funciones se refiere Guasp⁴¹ cuando dice que el Ministerio Fiscal actúa como parte en el proceso civil cuando no se ha querido dejar a la iniciativa privada la existencia de una pretensión o de la oposición a la misma (y cita como ejemplo los procedimientos sobre el estado civil y la condición de las personas), mientras que en otras ocasiones actúa como asesor del órgano jurisdiccional, velando

⁴¹ Guasp, J., «Derecho Procesal Civil», Ed. Cívitas, 1998.

por el cumplimiento de las leyes o dictaminando en cuestiones de competencia, por ejemplo.

En el primer caso aludido, cuando el Ministerio Fiscal interviene en el proceso ostentando la condición de parte, puede asumir dos posiciones distintas. Comparecerá en el proceso como parte plena, en aquellos casos en los que asuma la representación y defensa de quienes carecen de la necesaria capacidad de obrar por no hallarse en plenitud del ejercicio de sus derechos civiles, fundamentalmente, menores e incapaces; se incluyen aquí principalmente los supuestos previstos en el apartado 7.º del artículo 3 de Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. En otras ocasiones sin embargo, el Ministerio Fiscal se configura como parte necesaria, cuando sin ostentar la titularidad de los derechos subjetivos en el proceso controvertidos, es llamado por la ley para intervenir en él, en defensa de la legalidad y del interés público o social, es decir, en aquellos supuestos que aparecen previstos fundamentalmente en el artículo 3.6 del Estatuto Orgánico. A esta distinción parece referirse la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando alude en el artículo 8.2 a la representación y defensa que ostenta el Ministerio Fiscal de quienes no se encuentran en plenitud de sus derechos civiles, frente a la intervención menos plena o necesaria, a la que se hace referencia en el artículo 6.

En el segundo de los supuestos antes aludidos, cuando el Ministerio Fiscal interviene en el proceso civil como mero dictaminador, desempeña generalmente una función de control de la legalidad y de la independencia de los Tribunales, en el ejercicio de la misión que le viene encomendada por los apartados 1.º y 2.º del artículo 3 de su Estatuto Orgánico. Se incluirían aquí por ejemplo, los informes o dictámenes emitidos en los supuestos de planteamiento de oficio de falta de jurisdicción o de competencia internacional (arts. 37 y 38 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) o en los de planteamiento igualmente de oficio de la incompetencia objetiva o territorial (arts. 48 y 58).

Ahora bien, esta distinción entre el Ministerio Fiscal parte y el Ministerio Fiscal dictaminador, y a su vez, la distinción de matices en los supuestos aludidos de parte plena o parte necesaria, se produce en un plano puramente teórico, pues aunque como se acaba de señalar, nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil ampara las distinciones aludidas, el legislador no se ha preocupado de establecer el carácter y naturaleza de dicha intervención. La situación actual se torna todavía más grave, si se tiene en cuenta que el problema ya había sido puesto de manifiesto reiteradamente con anterioridad a la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil actualmente vigente, y así ya en 1996, el libro blanco del Ministerio Fiscal, señalaba que *«la falta de sistema en la Ley de Enjuiciamiento Civil de la materia relativa a la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso y la carencia de coordinación con las normas sustantivas contenidas principalmente en el Código Civil, así como el carácter general y abstracto de las disposiciones del Estatuto Orgánico, exige una conveniente e inmediata revisión»* y ello ante la indeterminación, decía, de los supuestos en los que el Ministerio Fiscal debía intervenir como parte, o como dictaminador o informante, o como órgano del Estado en defensa de los intereses públicos o sociales.

La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso civil se articula en todo caso en nuestras leyes como la intervención de una parte, sin matiz alguno que se refiera a la naturaleza o carácter de la misma, y por lo tanto, con todos los derechos, cargas y obligaciones inherentes a cualquier parte procesal. Ahora bien, se trata en todo caso de una parte *sui generis*, ya que como así apuntaba la Circular 1/2001 de 5 de abril, de la Fiscalía General del Estado, su intervención en el proceso civil se debe *ex Cons-*

titutione, a la defensa de la legalidad y del interés público, especialidad ésta que parece reconocer la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando en el artículo 394.4 exige del pago de las costas procesales al Ministerio Fiscal.

La diferente naturaleza de la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso civil, si ha sido reconocida sin embargo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que admite la consideración de simple dictaminador del Fiscal en numerosas sentencias, como por ejemplo la de 3 de marzo de 1988, que referida a un supuesto de filiación, señala que «*conforme a cuanto se ha expuesto, es obvio que la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos sobre filiación es la de simple informante, dictaminador y garante del interés público, pero no la de una verdadera parte procesal con los mismos deberes y cargas que afectan a éstos*», llegando incluso a considerar subsanable el proceso desarrollado sin la intervención del Fiscal siendo esta preceptiva, por su intervención en segunda instancia, lo que en ningún caso ocurriría con ninguna otra parte procesal, y con fundamento precisamente en ese carácter dictaminador o informante y no de parte en sentido estricto, como así señala la sentencia 6 de febrero de 1991, cuando dice que «*...advertida la falta del Ministerio Fiscal, una vez traído al proceso y con su intervención, queda subsanada la omisión en principio padecida, dado que la misión de aquél en el proceso de filiación es la de informante, dictaminador y garante del proceso, pero sin tener en realidad la condición de verdadera parte procesal.*»

Pues bien, si partimos de estas diferentes concepciones de la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso civil, podríamos concluir que su intervención en los procedimientos de tutela del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, lo será siempre en calidad de lo que hemos llamado «parte necesaria», siempre que no estemos, claro está, en presencia de alguno de los supuestos en los que el Ministerio Fiscal ejercita acciones en defensa de los intereses de menores o incapaces, o de personas fallecidas, en los que normalmente intervendrá, como antes ya dije, como parte demandante, y en consecuencia, como parte plena, según lo antes apuntado. Y esa intervención en calidad de «parte necesaria», si bien formalmente no deja de ser la intervención de una parte más, hace que la especial naturaleza, importancia y finalidad que la justifica –la defensa de la legalidad o del interés público o social–, deba contribuir a superar una serie de inconvenientes que acompañan a la intervención procesal del Ministerio Fiscal en calidad formal de parte pura o plena, como son las que a continuación se van a abordar.

Si la finalidad que guía la intervención del Ministerio Fiscal en este procedimiento no es otra que la de defender el justo alcance de un derecho fundamental que se considera vulnerado y, en la mayoría de los casos –conflicto entre los derechos fundamentales que aquí analizamos y la libertad de expresión e información–, promover y procurar la correcta delimitación de los diversos derechos fundamentales en conflicto, se manifiesta como premisa indispensable para el adecuado cumplimiento de esta finalidad que la toma de posición del Ministerio Fiscal en el procedimiento lo sea, desde el mismo inicio de éste, después de conocer la posición de ambas partes, demandante y demandada, lo que en ningún caso podría ocurrir si, como consecuencia de la consideración formal de parte demandada del Ministerio Fiscal, el trámite de contestación a la demanda es común para el demandado y el Ministerio Fiscal, pues de esta forma, el Ministerio Fiscal tendrá siempre que contestar a la demanda sin conocer la posición y alegaciones de una de las partes en conflicto.

Así por ejemplo, el Ministerio Fiscal tendrá que contestar a la demanda sin conocer los fundamentos de la oposición de la parte demandada a las pretensiones del actor, desconociendo las posibles excepciones materiales que pudieren formularse e incluso, lo que todavía es más absurdo, oponiéndose a una demanda a la que el demandado podría en su caso allanarse. Asimismo, el Ministerio Fiscal tendrá que contestar a una demanda cuya base fáctica desconoce si es aceptada o no por la otra parte procesal, y respecto de la cual, puede desconocer la existencia de excepciones procesales que impidan la válida constitución de la relación jurídico-procesal.

La solución a esta peculiar situación, es la consideración formal del Ministerio Fiscal en el proceso civil como parte necesaria o parte *sui generis*, en atención al fundamento y finalidad que guía su actuación en el mismo, dándole traslado de los escritos de demanda y contestación, no en calidad de demandado, sino de parte interviniente, una vez presentada la contestación a la demanda y en su caso a la reconvencción, para que informe –y no conteste a la demanda– e intervenga a lo largo de todo el desarrollo del procedimiento defendiendo la postura que considere más acorde con la legalidad, la defensa de los derechos de los ciudadanos controvertidos en el pleito, y el interés público tutelado por la ley.

La solución apuntada es además perfectamente sostenible desde un punto de vista estrictamente jurídico, en atención, de un lado, a que nuestra propia Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere en distintos pasajes de la misma a la especial naturaleza de la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso civil, y así lo ha puesto también de relieve en diversas ocasiones nuestra doctrina jurisprudencial, y de otro, a que el propio Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, tras la reforma introducida en el mismo por Ley 14/2003, de 26 de mayo, con la finalidad de abordar en parte este problema, recoge ahora en el último inciso del artículo 3 una previsión en este sentido al señalar que «*la intervención del Fiscal en los procesos no penales, salvo que la ley disponga otra cosa o actúe como demandante, se producirá en último lugar*».

7.2 CARÁCTER PREFERENTE DE LATRAMITACIÓN

La propia naturaleza de las intromisiones ilegítimas en el ámbito del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, requiere una respuesta inmediata de los órganos judiciales tendente a «*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*»⁴², y sin perjuicio de que las medidas más urgentes siempre pueden adoptarse con carácter cautelar, la simple adopción o existencia de medidas cautelares, constituye ya de por sí un motivo suficientemente poderoso para justificar el inmediato desarrollo del procedimiento, haciendo firme lo que se ha adoptado con carácter cautelar o provisional.

Con anterioridad a la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, la previsión legislativa de celeridad en la tramitación de estos procedimientos quedaba satisfecha con la remisión que el artículo 9.1 de la Ley Orgánica 1/1982 hacía al procedimiento regulado en el artículo 53.2 de la Constitución Española, que como sabemos, establecía que la tutela de las libertades y derechos fundamentales

⁴² Esto es lo que señala como finalidad de la tutela judicial el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982.

podía ser recabada por cualquier ciudadano ante los Tribunales Ordinarios, a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, procedimiento éste que, entretanto no se desarrollase debidamente el citado precepto constitucional, vendría constituido, en materia de tutela judicial de los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, por el regulado en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, según establecía la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 1/1982.

El procedimiento que la Ley 62/1978 establecía, podía ser calificado como especial y plenario; especial porque su objeto quedaba limitado por su ámbito de aplicación, y plenario porque no tenía limitaciones en cuanto a los medios de prueba utilizables, y la sentencia dictada producía efectos normales de cosa juzgada. Este procedimiento debía cumplir además las previsiones constitucionales de preferencia y sumariedad. El cumplimiento de la primera de ellas se confiaba al órgano judicial, a quien correspondía otorgar preferencia en el señalamiento y tramitación de las demandas que con este objeto se presentaran en el Juzgado, y la sumariedad se conseguía con las especialidades procesales que la Ley 62/1978 establecía para el desarrollo de este procedimiento, pues efectivamente, su artículo 13 remitía para su tramitación a la regulación establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil entonces vigente para los incidentes, procedimiento especialmente sumario en el que se acortaban significativamente los trámites y plazos que con carácter general se establecían para los procedimientos ordinarios. Pero además, esta sumariedad se intentaba impulsar todavía más, con el establecimiento de ciertas especialidades con relación a la tramitación ordinaria de los incidentes, que los artículos 13 y 15 de la ley establecían, como eran el señalamiento de un plazo común de contestación a la demanda para todos los demandados e intervinientes, la exclusión del plazo extraordinario de prueba, el establecimiento de un plazo máximo de siete días para la celebración de la vista, y de diez días para la práctica de la prueba en segunda instancia y finalmente, la fijación de un plazo máximo de siete días para la celebración de la vista en segunda instancia.

Con la promulgación de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, el procedimiento civil que regulaba la Ley 62/1978 a que se acaba de hacer referencia, quedó expresamente derogado por su disposición derogatoria única, con lo que quedó como única regulación procesal positiva para la tramitación de las demandas de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, la previsión genérica de remisión al juicio ordinario que contiene el artículo 249.1 apartado segundo. Como únicas especialidades procesales se establecían aquí como sabemos, la necesaria condición de parte del Ministerio Fiscal en todos estos procedimientos y la preferencia en su tramitación.

Al no articularse en la Ley de Enjuiciamiento Civil ningún mecanismo especial para la celeridad o preferencia en la tramitación de procedimiento alguno, entiendo que la previsión de preferencia que se hace en el artículo 249 al referirse a este procedimiento, vuelve a ser, como ocurría en la legislación anterior, un mandato dirigido al órgano judicial para que proceda a articular esa preferencia en el orden de señalamientos y tramitación de estas demandas, del mismo modo a como se hace en el orden jurisdiccional penal respecto de las causas con preso, cuya tramitación ha de impulsarse de una manera preferente.

Si bien podemos considerar que de algún modo la preferencia en la tramitación de estos procedimientos está prevista, no ocurre sin embargo lo mismo respecto de la sumariedad que el artículo 53.2 de la Constitución Española establece para recabar la tutela judicial de los derechos fundamentales a que se refiere este trabajo. Es por ello por lo que considero que, con la derogación de los artículos 11 a 15 de la Ley 62/1978, permanece sin desarrollar el mandato constitucional recogido en el artículo 53.2, sin que en ningún caso podamos considerar que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil viene a suplir esa previsión, no sólo porque el procedimiento en ella regulado carece de la nota de sumariedad necesaria, sino porque además, si atendemos al contenido del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982, la tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos regulados en la misma, puede recabarse, como ya quedó señalado, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, a través del procedimiento especial y sumario a que se refiere el artículo 53.2 de la Constitución, y a través de las vías procesales ordinarias, y constituyendo el juicio ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Civil el procedimiento judicial civil ordinario en este momento, es preciso articular ese procedimiento especial y sumario a que se refería la previsión constitucional.

VIII. LAS MEDIDAS CAUTELARES

La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, establece en el apartado segundo de su artículo 9 que *«la tutela judicial comprenderá 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. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados»*.

El precepto transcrito establece por tanto la posibilidad de adoptar medidas cautelares innominadas tendentes a conseguir el cese inmediato de la intromisión ilegítima causante de la lesión del derecho fundamental cuya protección se insta de los órganos judiciales, lo que en principio pudiera parecer más un adelanto del fallo condenatorio, una satisfacción anticipada del derecho hipotéticamente lesionado del actor, que una verdadera medida cautelar, cuya finalidad esencial debe ser en todo momento y exclusivamente, el simple aseguramiento del fallo que en su día pudiera dictarse, y por ello señala acertadamente Carreras Llasana⁴³ que las medidas a adoptar habrán de ser semejantes pero no idénticas a las que en su caso se acordarían en la sentencia, pues en otro caso, se estaría adelantando la ejecución a un momento anterior a la decisión del litigio, y por lo tanto, a un momento anterior a la decisión de si procede o no la ejecución pretendida.

La cuestión planteada no resulta en principio fácil de resolver, pues efectivamente, como se acaba de señalar, las medidas cautelares tienen la finalidad de garantizar la ejecución del fallo que en su día pudiera dictarse, y en el caso de la tutela judicial

⁴³ CARRERAS LLASANTA, «Las medidas cautelares del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», Estudios de Derecho Procesal, Barcelona 1962, pp. 567 y ss.

del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, al establecerse en el artículo 9.2 antes transcrito de la Ley Orgánica 1/1982 como una de las finalidades que debe perseguir y resolver el fallo condenatorio que se dicte, la adopción de las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate, parece en principio que toda medida que se adopte en ese sentido estaría justificada como medida cautelar en este concreto procedimiento.

El problema se agrava si tenemos en cuenta la trascendencia de estas medidas, ya que, su no adopción, puede hacer inocuo y carente de sentido el eventual fallo condenatorio que pudiera dictarse cuando la intromisión en los derechos fundamentales que aquí analizamos sea puntual y momentánea (piénsese por ejemplo en la difusión a través de un medio de comunicación escrito de un reportaje atentatorio al honor, a la intimidad o a la imagen de una persona), pero su adopción, podría generar un perjuicio irreparable al demandado en el supuesto de que el posterior fallo no estimase la intromisión ilegítima alegada (en el supuesto anterior, por ejemplo, el secuestro de la publicación).

Algunos autores como Ortells Ramos⁴⁴, han señalado que la finalidad de aseguramiento del eventual fallo no constituye la única función de las medidas cautelares, sino que también pueden adoptarse medidas con una finalidad satisfactiva, aunque sea de manera provisional, ya que las mismas también contribuirían a resolver los problemas que derivan de la demora en la tramitación de los procedimientos, que es lo que en definitiva justifica la adopción de las medidas cautelares. Esta es la naturaleza que parece justificar la medida cautelar de cesación de la intromisión ilícita que establece el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982 en opinión de este autor, y en el mismo sentido, Tapia Fernández⁴⁵ admite incluso que el legislador acometiera decididamente la regulación positiva de este tipo de medidas satisfactivas, aunque siempre sometido a una exquisita prudencia en este aspecto.

En cualquier caso, sea con finalidad satisfactiva, o sea con una finalidad puramente asegurativa, lo cierto es que cualquier medida que tienda a asegurar el cese inmediato de la actividad intromisiva de que se trate estaría plenamente justificada como medida cautelar en este tipo de procedimiento, y ello en atención a la previsión expresa que recoge el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982, habiendo reafirmado su vigencia la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 al establecer en el artículo 727.7, dentro de la relación expresa de medidas cautelares que pueden acordarse en el proceso civil, la posibilidad de ordenar judicialmente el cese provisional de una actividad, la obligación de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta, o finalmente, la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniere llevándose a cabo, y ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 727.11, cuando establece la posibilidad de acordar *«aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio»*.

Ahora bien, la medida cautelar de cesación inmediata de la intromisión ilegítima de que se trate, no es la única que puede adoptarse al amparo de la previsión conte-

⁴⁴ ORTELLS RAMOS, «La tutela judicial cautelar en el derecho español», Ed. Comares, Granada 1996, pp. 147 y ss.

⁴⁵ TAPIA FERNÁNDEZ, I., «Las medidas cautelares de la Ley de protección al honor, la intimidad y la propia imagen», *op. cit.*

nida en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982, pues si como antes señalaba, la finalidad que justifica la esencia de las medidas cautelares viene constituida por la necesidad de garantizar la efectividad del eventual fallo que en el procedimiento pudiera recaer, parece lógico que proceda adoptar todas aquellas medidas cautelares necesarias para asegurar el cumplimiento de todos los pronunciamientos que la sentencia pudiera recoger, y en el caso de la tutela judicial de los derechos de honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, el mismo artículo 9 de la ley señala como contenido necesario de esa tutela, además de la adopción de las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate, el restablecimiento al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, la adopción de medidas para prevenir o impedir intromisiones ulteriores, el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados.

Así pues, entiendo que no existe inconveniente alguno para la adopción de cualquier medida cautelar que pretenda asegurar el cumplimiento de las concretas obligaciones de hacer, no hacer o entregar alguna cosa o cantidad determinada en que se pudiera concretar en el fallo condenatorio que en su día pudiera dictarse, la tutela judicial que se otorgue a la persona ofendida, y entre ellas podrían citarse, como medidas cautelares genéricas que en la actualidad recoge el artículo 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el embargo preventivo de bienes (art. 727.1), con la finalidad primordial de garantizar la indemnización que proceda satisfacer al ofendido, el depósito de cosa mueble (art. 727.3), en los supuestos, por ejemplo, de material gráfico atentatorio al honor, intimidad o imagen de una persona, o la orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad o de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta (art. 727.7), en los supuestos tristemente frecuentes en la actualidad en que determinadas personas comienzan a frecuentar medios de comunicación pública en los que ponen al descubierto circunstancias o acontecimientos pertenecientes a la esfera privada de otras personas.

Pero además de estas concretas medidas que se recogen expresamente en el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil, será posible adoptar cualesquiera otras medidas «...que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria» (art. 727.11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), es decir, las llamadas bajo la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 medidas cautelares innominadas que regulaba el artículo 1428 de la misma, y respecto de las cuales afirmaba Calderón Cuadrado⁴⁶, eran las que mejor podían satisfacer las necesidades de tutela cautelar que se presentaban en los procesos de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, debido a que la no patrimonialidad de estos derechos, determinaba que las medidas tendentes a garantizar sentencias de naturaleza pecuniaria no fueran suficientes para asegurar la efectividad de las resoluciones que pudieran dictarse.

Finalmente, es preciso señalar que la adopción de cualquier medida cautelar requiere preceptivamente la concurrencia y necesaria acreditación de dos importantes extremos, cuales son la apariencia de buen derecho *fumus boni iuris* y el peligro de que con la excesiva duración del proceso, se haga imposible en su momento la ejecución del fallo que pudiera dictarse, lo que se ha dado en llamar el *periculum in mora*. Habiéndome referido ya a la necesidad de garantizar con la medida cautelar la

⁴⁶ CALDERÓN CUADRADO, «La tutela judicial cautelar en el Derecho Español», Ed. Comares, Granada, 1996, pp. 108 y 109.

ejecución de la sentencia, que no supone otra cosa que acreditar el peligro de que el fallo pueda hacerse inejecutable durante el transcurso del proceso, es preciso señalar, por lo que a la apariencia de buen derecho como presupuesto necesario de la adopción de la medida cautelar se refiere, que frente a la regla general de que con la solicitud de la medida cautelar se aporte un principio de prueba de la prosperabilidad de la acción, en el caso de la tutela judicial del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, señala Tapia Fernández⁴⁷ que la presunción de perjuicio, siempre que se acredite la intromisión ilegítima, que establece el apartado 3.º del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982, hace que baste para la adopción de la medida cautelar que el solicitante presente un principio de prueba de la intromisión ilegítima, lo que frecuentemente no será difícil, por venir dadas a través del medio escrito o audiovisual la mayor parte de las intromisiones ilegítimas en estos derechos.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ANTÓN ONECA, J., «Derecho Penal (Segunda Edición)», Ed. Akal, S.A., Madrid 1986.
- BAJO FERNÁNDEZ, «Protección del honor y de la intimidad», Comentarios a la Legislación Penal II, Madrid, 1982.
- BALAGUER CALLEJÓN, M.L., «El derecho fundamental al honor», Ed. Tecnos, Madrid 1992.
- CABEDO NEBOT, «Sobre las acciones por difamación», Revista del Poder Judicial número 2 de junio de 1986.
- CALDERÓN CUADRADO, «La tutela judicial cautelar en el Derecho Español», Ed. Comares, Granada, 1996.
- CARRERAS LLASANTA, «Las medidas cautelares del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», Estudios de Derecho Procesal, Barcelona 1962.
- CARRILLO LÓPEZ, M., «Derecho a la propia imagen del artículo 18.1 de la Constitución», en Cuadernos de Derecho Judicial. Honor, intimidad y propia imagen, Madrid 1993.
- CEREZO MIR, «Curso de Derecho Penal Español» 3.ª edición, Ed. Tecnos, Madrid 1985.
- CHINCHILLA MARÍN, C., «El derecho al honor en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en Cuadernos de Derecho Judicial, Honor, intimidad y propia imagen, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid 1995.
- DEL ROSAL, «Derecho Penal español» Tomo I, 1960.
- DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A., «Sistema de Derecho Civil». Volumen I. Editorial Tecnos. 4.ª edición 1.ª reimpresión.

⁴⁷ TAPIA FERNÁNDEZ, I., «Las medidas cautelares de la Ley de protección al honor, la intimidad y la propia imagen», *op. cit.*

- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y DE LA OLIVA, A., «Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales», Editorial McGraw Hill, Madrid, 1996.
- ESTRADA ALONSO, E., «El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo», Editorial Cívitas, Madrid 1989.
- GARCÍA PRADA, M., «Ámbito de aplicación y ejercicio de acciones derivadas de la Ley Orgánica 1/1982, de protección del honor, la intimidad y la propia imagen», en Cuadernos de Derecho Judicial. Honor, intimidad y propia imagen, Madrid 1993.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., «Derechos y Libertades», Ed. Sanz y Torres.
- GONZÁLEZ POVEDA, P., «Cuestiones Procedimentales», en Cuadernos de Derecho Judicial. Honor, intimidad y propia imagen, Madrid 1993.
- GUASP, J. «Derecho Procesal Civil», Ed. Cívitas, 1.998.
- HERRERO-TEJEDOR, F., «Honor, Intimidad y Propia Imagen» (2.ª Edición), Ed. Cólax, Madrid 1994.
- MIGUELEZ DEL RÍO, C., «Protección al honor, intimidad y propia imagen», en Cuadernos de Derecho Judicial, Honor intimidad y propia imagen, Madrid 1993.
- MUÑOZ MACHADO, S., «Libertad de prensa y procesos de difamación», Ed. Ariel, Barcelona 1988.
- «Mitos, insuficiencias y excesos en la construcción jurídica de las acciones por difamación», Revista del Poder Judicial n.º 1, marzo 1986.
- O`CALLAGHAN MUÑOZ, J., «Honor, intimidad y propia imagen en la jurisprudencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo», en Cuadernos de Derecho Judicial, Honor, intimidad y propia imagen, Madrid 1993.
- ORTELLS RAMOS, «La tutela judicial cautelar en el derecho español», Ed. Comares, Granada 1996.
- SACRISTÁN REPRESA, G., «Derecho al honor de las personas jurídicas y su vulneración a través de cartas publicadas en la prensa», en Cuadernos de Derecho Judicial, Honor, intimidad y propia imagen, Madrid.
- SALVADOR y otros, «¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del libelo», Editorial Cívitas, Madrid 1987.
- SERRANO ALBERCA, J. M., «Artículo 18», en GARRIDO FALLA, F., «Comentarios a la Constitución», Ed. Cívitas.
- TAPIA FERNÁNDEZ, I., «Las medidas cautelares en la Ley de Protección al Honor, la Intimidad y la Propia Imagen», en Cuadernos de Derecho Judicial, Medidas cautelares por razón de la materia, Madrid 1997.