

14.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE ABRIL DE 2009

La subsistencia de la acción civil por la intromisión ilegítima en el derecho al honor tras actuaciones penales frustradas

Comentario a cargo de:

MARÍA MEDINA ALCOZ

*Profesora Titular interina de Derecho Civil
(Universidad Rey Juan Carlos)*

SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Asunto: El ofendido por una intromisión legítima en su derecho al honor interpone acción civil fundada en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, tras el sobreseimiento de las actuaciones penales incoadas en virtud de querrela. El Tribunal Supremo declara que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el plazo de cuatro años establecido en el artículo 9.5 de la citada Ley es de *caducidad* y, que por tanto, no se interrumpe por la tramitación de diligencias penales por los mismos hechos. Por esto, si la acción civil fundada en la mencionada Ley se ejercita antes de transcurrir dicho plazo, no procede apreciar su caducidad ni su extinción. La afirmación de este criterio supone rectificar el anterior aplicado por algunas sentencias de la Sala 1ª.

Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009

La subsistencia de la acción civil por la intromisión ilegítima en el derecho al honor tras actuaciones penales frustradas

MARÍA MEDINA ALCOZ

*Profesora Titular interina de Derecho Civil
(Universidad Rey Juan Carlos)*

Resumen de los hechos

El 10 de noviembre de 2003, ante el Juzgado de Primera Instancia n° 9 de Sevilla, D. Carmelo, ex–alcalde de La Carolina (Jaén) y Secretario General del Partido Socialista Obrero Español en esta localidad, interpuso demanda contra D. Secundino, D.^a Remedios y D.^a Luz, alegando que el día 10 de marzo de 2000, durante un mitin del Partido Popular, con ocasión del cierre de la campaña para las elecciones locales, el primero de los demandados le profirió expresiones ofensivas y que las otras dos demandadas habían distribuido por la localidad unos pasquines que reproducían una página de internet con imputaciones también ofensivas contra él.

El demandante solicitaba que se reconociera que los tres demandados habían cometido una agresión ilegítima contra su honor y que se declarara el resarcimiento de los daños morales padecidos, condenándolos: 1° A estar y pasar por estas declaraciones. 2° A que a su costa y en los diarios *El Mundo* y *Jaén* se insertara el texto literal de la sentencia. 3° A indemnizarle con la suma de 120.202,42 € (20.000.000 pesetas), a pagar solidariamente, salvo que el Juzgado considerara apropiada otra cantidad. 4° Al pago de las costas procesales.

La demanda interpuesta señalaba que, con anterioridad, se habían seguido actuaciones penales por los mismos hechos. Las diligencias previas del Juzgado de Instrucción de La Carolina finalizaron por auto de 23 de junio de 2000, que declaró la nulidad del auto de su incoación, por no haberse observado los requisitos legales de procedibilidad respecto del delito de injurias; y luego, celebrados los oportunos actos de conciliación e interpuesta querrela por delitos de injurias y calumnias, las diligencias previas del mismo Juzgado, finalizaron por auto de 10 de enero de 2003, dictado por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Jaén, que confirmó su sobreseimiento provisional.

El primer demandado, en su contestación a la demanda, sostenía la *falta de acción civil* del demandante, según el criterio de la Sala abordado en la sentencia de 28 de septiembre de 1998, por haberse extinguido aquélla, al haber optado en su día el actor por la vía penal para depurar los mismos hechos.

La sentencia de primera instancia desestimó la excepción de falta de acción razonando que, no habiéndose extinguido la acción civil derivada de los hechos en virtud de sentencia penal que declarara la inexistencia de tales hechos, como exige el artículo 116 LECrim., la misma subsistía, por no haber transcurrido, entre la fecha de los hechos y la de interposición de la demanda, el plazo de caducidad de cuatro años establecido en el artículo 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

El Juzgado mencionado dictó sentencia el 15 de julio de 2004 que, estimando sustancialmente la demanda interpuesta, declaró que los demandados habían cometido una agresión ilegítima contra el honor del demandante y les condenó a publicar en los diarios *El Mundo* y *Jaén* el contenido de la sentencia, así como al pago de una indemnización de 5.000 € a cargo de D. Secundino y otra de 5.000 € a cargo de D.^a Remedios y D.^a Luz, solidariamente, devengando ambas cantidades el interés legal desde la fecha del emplazamiento y corriendo las costas procesales a cargo de los demandados.

D. Secundino, por un lado, y las codemandadas D.^a Remedios y D.^a Luz, por otro, interpusieron recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Sevilla, cuya Sección 2.^a, dictó sentencia el 2 de noviembre de 2005, estimatoria de los mismos y revocatoria de la sentencia recurrida, procediendo a absolver a los demandados.

La sentencia de apelación apreció la falta de acción del demandante y apoyó su decisión en las SSTs de 28 de septiembre de 1998, 31 de julio de 2000, 22 de noviembre de 2002 y 20 de julio de 2004. Se basó, asimismo, en la STC 77/2002, que desestimó el recurso de amparo interpuesto contra la primera de las sentencias citadas. Entendió la Audiencia que el ejercicio previo de la acción penal había extinguido la civil, *“no por caducidad de la misma (cuestión ésta no objeto de discusión), sino que la opción del actor por aquélla trae como consecuencia inevitable el cierre de la vía civil”*.

Contra la sentencia de la Audiencia el demandante formuló recurso de casación fundado en dos motivos: 1. Infracción del artículo 1 de la Ley Orgánica 1/1982, en relación con el artículo 24.1 CE, así como del artículo 9.1 de la misma Ley Orgánica en relación con el artículo 116 LECrim. 2. Infracción de los artículos 2, 7.7 y 9.3 de la Ley Orgánica citada.

El Tribunal Supremo aborda el *primer motivo* del recurso, analizando el artículo 1, apartado 1, de la LO 1/1982, que dispone que el derecho fundamental al honor garantizado en el artículo 18 de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo esta-

blecido en la presente Ley; y el apartado 2, que declara que *“El carácter delictivo de la intromisión no impedirá el recurso al procedimiento de tutela judicial previsto en el artículo 9 de esta Ley”*: La norma constitucional referida contiene el derecho a la tutela judicial efectiva. También se funda este motivo en la infracción del artículo 9.1 de la LO 1/1982 (*“La tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente ley podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo 53. 2 de la Constitución. También podrá acudirse, cuando proceda, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”*) en relación con el artículo 116 LECrim.: *“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 estuviese obligado a la restitución de la cosa, reparación del daño o indemnización del perjuicio sufrido”*.

El Tribunal Supremo estima el motivo y anula la sentencia recurrida, devolviendo las actuaciones al Tribunal de Apelación para que dicte nueva sentencia en la que se pronuncie sobre las cuestiones planteadas por los dos recursos de apelación de los demandados.

COMENTARIO

Sumario: **1. Las cuestiones problemáticas: Planteamiento.** 1.1. ¿Extingue la acción civil de protección del honor el previo ejercicio de la acción penal que queda sobrepuesta? 1.2. La naturaleza del plazo para el ejercicio de la acción civil. 1.3 El efecto de la reserva de la acción civil en el juicio penal. **2. Las soluciones brindadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.** 2.1. Las sentencias que se ocupan de la extinción de la acción civil cuando se ha optado previamente por la vía penal. 2.2 Las sentencias que declaran caducada la acción civil por haber transcurrido cuatro años desde la interposición de la querrela criminal. 2.3. Las sentencias que declaran que la acción civil reservada en la vía penal no es la de la LO 1/1982. **3. La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 236, de 17 de julio de 2006: La consagración de la teoría de la opción no extintiva.** **4. La jurisprudencia posterior.** **5. Los criterios consolidados por la sentencia de 29 de abril de 2009.** 5.1 Acotación de su ámbito de aplicación. 5.2. La naturaleza del plazo de la acción civil de protección del honor y sus efectos. 5.3. La acción ejercitable tras la reserva de las acciones civiles. **6. La devolución de las actuaciones al Tribunal de Apelación.** **7. Bibliografía.**

1. Las cuestiones problemáticas: Planteamiento

1.1. ¿Extingue la acción civil de protección del honor el previo ejercicio de la acción penal que queda sobrepuesta?

La primera dificultad que plantea la sentencia objeto de este comentario es si cuando se trata de un ataque al honor, el ejercicio previo de la acción penal

que se frustra con un sobreesimiento, ha extinguido la acción civil o si, en cambio, ésta se mantiene y puede, en consecuencia, ejercitarse después.

Ante lo que puede constituir una agresión ilegítima contra el derecho al honor, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sostenido, con cierta claridad, desde finales de los 80 y, con doctrina consolidada, desde la reforma introducida por el Código penal de 1995 (disposición final cuarta), en el número 2 del artículo 1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (en adelante, LO 1/1982), que la posible víctima puede elegir, para la tutela de su derecho vulnerado, entre la vía penal o la vía civil, pues “*El carácter delictivo de la intromisión no impedirá el recurso al procedimiento de tutela judicial previsto en el artículo 9 de esta Ley [...]*”:

Pero, junto al reconocimiento de este derecho de opción, muchas sentencias, desde la de 28 de septiembre de 1998, han entendido que si el perjudicado escoge la vía penal y ésta fracasa, la acción civil ya no es susceptible de ser enarbolada ante la jurisdicción civil. Se ha seguido aquí el viejo criterio de Las Partidas, donde la confusión entre las distintas funciones normativas de las responsabilidades penal y civil, con una concepción delincencial de la segunda, llevaba a tal equivocación conceptual (P. 7, 9, 21): “[...] *que cualquiera que reciba tuerto o deshonra, que pueda demandar enmienda de ella en una de estas dos maneras cual más quisiere. La primera que haga el que lo deshonró enmienda de pecho de dineros. La otra es en manera de acusación, pidiendo que el que le hizo el tuerto que sea escarmentado por ello, según albedrío del juez. E la una de estas maneras se quita por la otra, porque de un yerro no debe hombre recibir dos penas por esto. E desde que hubiera escogido la una, no la puede dejar e pedir la otra [...]*”.

La mencionada es la *teoría de la opción extintiva*, según la cual el ofendido tuvo la posibilidad de optar por cualquiera de las dos vías (penal o civil) de suerte que, una vez elegida una de ellas, tendrá que soportar las consecuencias de su elección: *electa una via, non datur recursus ad alteram*. Ejercitada la acción civil, la penal se entiende renunciada legalmente (art. 112 LECrim.) y, escogida la acción penal, la civil se considera extinguida. Este efecto extintivo de la acción civil, por la elección previa de la penal, ha sido objeto de numerosas críticas, por carecer de fundamento normativo [LAMARCA I MARQUÉS, A. (2005), pp. 95, 150 y 161; SANTOS VIJANDE, J. M./SERRANO HOYO, G. (2005), pp. 42-48; CARUSO FONTÁN, M. V., (2008), pp. 191-200].

El delito de injurias (y el de calumnias) es un delito privado, perseguible sólo a instancia formal de parte (art. 215 Cp: “1. *Nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal [...]*”). Si se trata de ofensa a funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos, se procederá *ex officium* (art. 215.2 Cp), configurándose el delito como público. En ambos casos, el perdón del ofendido tiene la virtualidad de extinguir la responsabilidad

criminal (art. 215.3 Cp: “*El culpable de calumnia o injuria quedará exento de responsabilidad criminal mediante el perdón de la persona ofendida por el delito o de su representante legal [...]*”).

El hecho de que el delito de injurias a particulares sea privado, implica que el ofendido cuenta con una doble vía para la tutela de su derecho vulnerado, pues puede optar por la vía criminal o por la vía civil; opción que, en palabras de SALVADOR CODERCH [(1997), p. 79], implica poner el aparato represivo del Estado a la libre disposición de los afectados.

Si opta por la vía penal, el ofendido pretende la depuración de las responsabilidades de signo punitivo. Si elige la vía civil, ejercita una acción con naturaleza heterogénea que, tal como está regulada en la LO 1/1982, engloba distintas categorías de acciones de protección. Por una parte, están las pretensiones reintegradoras (tutela reintegradora) y, por otra parte, las estrictamente resarcitorias (tutela resarcitoria o curativa). Las primeras buscan el restablecimiento del derecho subjetivo lesionado –el honor–; las segundas atienden a la obligación del resarcimiento de los daños padecidos como consecuencia de la intromisión ilegítima. Las primeras se ejercitan por la violación del Derecho objetivo (antijuridicidad) y, con ello, por la privación de un bien jurídico, con independencia de que las normas violadas hayan causado o no un daño efectivo. Las segundas presuponen la existencia de un daño resarcible. Por esto, las primeras no requieren la presencia de culpa como título de imputación: la imputación viene determinada por la objetiva trasgresión de la norma; y, las segundas, en cambio, están presididas por la exigencia de la culpa como título normativo de atribución.

Por tanto, en la vía civil, el legitimado cuenta, por una parte, con las *acciones de reintegración*: las acciones tendentes a la *cesación* (encaminada al cese inmediato de la intromisión ilegítima) y las de *remoción* –retractación o rectificación– de la intromisión ilegítima (en las que se incluye el derecho a la difusión de la sentencia condenatoria y el derecho a replicar. El derecho de rectificación está regulado en la LO 2/1984, de 26 de marzo). Por otra parte, posee la acción indemnizatoria de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la intromisión ilegítima. Además de las anteriores, tiene también la acción de *abstención* (para prevenir o impedir intromisiones ulteriores), que se encuadra dentro de la denominada *tutela inhibitoria o preventiva*. [YZQUIERDO TOLSA-DA, M. (2008), pp. 392-411; PANTALEÓN PRIETO, F. (1996), pp. 1689-1695; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. (2009), pp. 83-158; LLAMAS POMBO, E. (1999), p. 42; SALVADOR CODERCH, P. (1997), pp. 38-42 y 111].

La vía penal permite a la víctima que, en el seno del procedimiento criminal, ejercite, junto con la acción penal, la acción civil y, que, por tanto, solicite no sólo el castigo del ofensor, sino también la tutela reintegradora de su derecho vulnerado y la tutela resarcitoria por los daños padecidos. En este sentido, el artículo 216 Cp señala: “*En los delitos de calumnia o injuria se considera que la re-*

paración del daño comprende también la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, a costa del condenado por tales delitos, en el tiempo y forma que el Juez o Tribunal consideren más adecuado a tal fin, oídas las dos partes". En pura técnica jurídica, la publicación o divulgación de la sentencia no es tutela curativa, sino reintegradora; al igual que la retractación que prevé el artículo 214 Cp.

Por último, cabe que el ofendido que opta por la vía criminal, prefiera ejercitar exclusivamente la acción penal, reservándose el ejercicio de la civil (es decir, la solicitud de la tutela civil) para un juicio civil posterior. Esta posibilidad está prevista en el artículo 112 LECrim.: *"Ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar [...]".*

Por tanto, ante una intromisión ilegítima en el derecho al honor, el perjudicado puede: a) ejercitar la acción penal y la acción civil conjuntamente; b) ejercitar sólo la acción penal, con reserva de la acción civil; c) ejercitar la acción civil, quedando, en este caso, extinguida la acción penal, por entenderse legalmente renunciada, sin que quepa retractación; caso en el que fundamento no se encuentra en un derecho de opción excluyente (la vía civil excluye a la penal), sino –como dicen SANTOS VIJANDE y SERRANO HOYO [(2005), p. 46]– en la admisibilidad del perdón de estas infracciones. Así lo dispone el artículo 112 LECrim.: *"[...] 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"*.

Si el perjudicado ejercita la acción penal con reserva de acción civil, es claro que mientras esté pendiente la sustanciación de la acción penal, no puede ejercitarse separadamente la civil. Deberá esperar a que la acción penal haya sido resuelta por sentencia firme (*le penal tient le civil en état*) o se sobresea o se suspenda. Así lo establece el art. 111 LECrim.: *"Las acciones que nacen de un delito o falta podrán ejercitarse junta o separadamente; pero mientras estuviese 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"*.

Atendidas las distintas posibilidades de actuación, nos ceñimos a la cuestión central que plantea y resuelve la sentencia objeto del comentario: Si ante una supuesta agresión ilegítima en el derecho al honor, el ofendido ejercita la acción penal que queda sobreseída, ¿puede después acudir a la vía civil solicitando la tutela de su derecho o, por el contrario, la acción civil quedó extinguida por el previo ejercicio fracasado de la acción penal?

Este supuesto de hecho no se da, por tanto, si el juicio penal concluye con sentencia condenatoria y pronunciamiento de responsabilidad civil o, si el juicio penal concluye con sentencia absolutoria que declara la inexistencia de los hechos (por ejemplo, porque el querrellado nunca pronunció las expresiones

injuriosas o porque quien las pronunció no fue el querrellado, sino otra persona). En estas dos situaciones, el ejercicio de la acción civil sería inviable.

Pero, en el caso de la sentencia de 29 de abril de 2009, las actuaciones penales previas concluyeron con sobreseimiento provisional.

El supuesto surge, por tanto, en los casos en que el proceso penal ha finalizado, provisional o definitivamente, sin declaración de responsabilidad civil (y sin que el ofendido se haya reservado la acción civil). Los casos en que esto puede ocurrir son múltiples: a) sentencia absolutoria que no declare la inexistencia de los hechos; b) sobreseimiento libre (art. 637 LECrim.), que no se deba a la inexistencia de los hechos; c) sobreseimiento provisional (art. 641 LECrim.); d) muerte del presunto culpable (arts. 115 LECrim.); e) indulto (art. 130 Cp); f) paralización del procedimiento penal por rebeldía del procesado (art. 834 y ss. LECrim.) o por su demencia sobrevenida (art. 383 LECrim.); g) prescripción del delito o falta (art. 130 Cp).

La respuesta que ofrece el Tribunal Supremo en la sentencia objeto de comentario —que luego analizamos— es que, en los casos descritos, el ejercicio previo de la acción penal no extingue la acción civil y, por tanto, el hecho de que el perjudicado haya optado por la vía penal no le impide acudir a la civil si la primera ha concluido sin declaración de responsabilidad penal, ya sea por sobreseimiento, ya sea por sentencia absolutoria que no declare la inexistencia del hecho. Con esto se rectifica el criterio anterior, en virtud del cual, *electa una via* (la penal), *non datur recursus ad alteram* (la civil).

1.2. La naturaleza del plazo de ejercicio de la acción civil

La segunda cuestión que se resuelve en la sentencia es que, sentado que la acción civil no se extingue por el ejercicio previo (frustrado) de la acción penal, ¿cuál es el plazo de duración para su ejercicio?

Para dar respuesta a la pregunta formulada hemos de acudir al artículo 9.5 de la LO 1/1982, que establece: “*Las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas*”.

La imprescriptibilidad característica del derecho al honor, como derecho de la personalidad y derecho fundamental, no se traduce en que la posibilidad de accionar para su reconocimiento y reparación sea indefinida en el tiempo. La imprescriptibilidad significa que el transcurso del tiempo carece de relevancia tanto para la adquisición como para su pérdida. Razones de seguridad jurídica imponen que el transcurso del tiempo pueda implicar la improcedencia de una reclamación por la vulneración del derecho ante los tribunales: el ordenamiento exige que la reacción del afectado tras la agresión ilegítima sea relativamente rápida. Por esto, la superación del plazo que impone la Ley implica un

ejercicio extemporáneo de la acción civil (mejor dicho, de las diversas acciones civiles), pero no la extinción del derecho al honor, que es imprescriptible.

Pues bien, una vez coonestadas la imprescriptibilidad del derecho al honor, con el establecimiento de un plazo de cuatro años para la solicitud de su tutela civil, emerge la pregunta de si tal plazo es de caducidad o de prescripción y, en consecuencia, la aplicación de un instituto u otro, con sus diferentes efectos.

Si se ejercita la vía penal y se entiende que el plazo es de prescripción, éste queda interrumpido desde la interposición de la querrela y su cómputo vuelve a iniciarse concluido el proceso penal por cualquiera de las causas mencionadas. Si, en cambio, se afirma que el plazo es de caducidad, dado que ésta no admite interrupción, la acción civil sólo podrá ser ejercitada si, concluido el proceso penal, no han pasado los cuatro años que marca la Ley. Pero, ¿cabría entender que la caducidad es susceptible de suspensión? El Tribunal Supremo considera que el plazo fijado es de caducidad y que no es susceptible de interrupción ni de suspensión.

1.3. El efecto de la reserva de la acción civil en el juicio penal

Por último, aunque no es cuestión derivada de los hechos que dan lugar a la sentencia comentada, ésta se ocupa de sentar los efectos derivados de la reserva de la acción civil en el juicio penal por injurias. Porque, terminado el juicio penal con sentencia condenatoria, ¿cuál es la acción civil que procede ejercitar: la de la LO 1/1982 o la derivada del delito de injurias con base en el artículo 1092 Cc?

La consideración de que sea una u otra acción es importante pues sus consecuencias son diversas. Si se tratara de la primera, estaría sometida al plazo de caducidad de cuatro años fijado en la LO 1/1982. Si se trata de una acción *ex delicto*, el plazo sería de prescripción; pero, ¿cuál es el tiempo con que se cuenta para su ejercicio? ¿El año que fija el artículo 1968.2º Cc o los quince años del artículo 1964 Cc, por haberse producido el fenómeno de la interversión de la prescripción?

Para el Tribunal Supremo, la acción civil reservada no es la procedente de la LO 1/1982, sino la derivada del delito del artículo 1092 Cc, cuyo plazo de ejercicio es el del artículo 1968.2º Cc y, por tanto, anual y de prescripción.

2. Las soluciones brindadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Antes de comentar las distintas respuestas a las cuestiones planteadas en la sentencia de 29 de abril de 2009, procede un análisis de las sentencias que ésta menciona por haber tratado su problemática, que resulta de especial interés.

2.1. *Las sentencias que se ocupan de la extinción de la acción civil cuando se ha optado previamente por la vía penal*

— La Sentencia de 28 de septiembre de 1998 (RJ 1998/6800) declara la *inexistencia de acción civil por haber optado por la vía penal que quedó sobreseída y, a mayor abundamiento, añade que la acción ha caducado.*

El día 7 de febrero de 1987 D.^a Isabel interpuso querrela criminal por delito de injurias graves contra D. Luis y D. Jesús y la entidad “Radio Popular, Cadena de Ondas Populares”, SA (COPE), sobreseyéndose las diligencias previas por entender que los hechos, de acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal, no eran constitutivos de infracción penal. La ofendida dedujo demanda ante el Juzgado de Barcelona que fue acogida parcialmente condenando solidariamente a los demandados al pago de cinco millones de pesetas. Recurrída en apelación, la sentencia fue confirmada por la Audiencia. Los demandados interpusieron recurso de casación.

El motivo segundo denunciaba la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y si bien no expresaba el precepto vulnerado, el Tribunal Supremo, siguiendo la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, entró en su examen para evitar la indefensión de la parte recurrente. Sostiene el Tribunal que la infracción penal (injurias), por ser de persecución privada, otorga al perjudicado la opción de acudir a la vía civil o a la penal; y considera 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 cubija» (STS 28 noviembre 1995 [RJ 1995/8720]); c) la práctica forense acreditada 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” (FJ 3°).*

Con tales argumentos el Alto Tribunal sienta claramente la *teoría de la opción extintiva*, resultando innecesaria la segunda consideración relativa a que “*asimismo sería menester dar por caducada la vertiente civil «por mor» del transcurso del tiempo*”. Si, para el Tribunal, el ejercicio de la acción penal extingue la civil, no hay que argumentar más y, por tanto, son del todo irrelevantes las aseveraciones posteriores, a las que, sin embargo, les dedica cierta atención, quizá, por no estar plenamente convencido de los razonamientos expuestos anteriormente.

Reitera, así, que el plazo de la LO 1/1982 es de caducidad, que “*se refiere a la certidumbre de las relaciones jurídicas*” (referencia que comparte con la prescripción extintiva de derechos) “*y presenta rasgos distintivos más severos*” e indica que el *dies a quo* para el cómputo del plazo de cuatro años se inició en un instante próximo al ejercicio de la referida opción, en los meses de noviembre y diciembre de 1985, por lo que, finalizado el procedimiento por auto de sobreseimiento de 7 de marzo de 1991, dicho plazo había sido sobrepasado. Añade al Tribunal Supremo que, pese a la desmesurada duración del desarrollo procesal, la caducidad no es susceptible de interrupción y, en consecuencia, declara caducado el derecho que la actora pretendía hacer valer.

La sentencia reitera que la perjudicada tenía la opción de la vía civil o 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*”; frase que encierra un juicio de intenciones que no parece consonante con los mecanismos de tutela que proporciona el ordenamiento jurídico.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de amparo frente al Tribunal Constitucional, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en la interpretación de los artículos 1.2 y 9.5 de la LO 1/1982, que concluyó con la sentencia 77/2002, de 8 de abril, de signo desestimatorio. Sin embargo, este Tribunal no avaló el argumento casacional de que el ejercicio (frustrado) de la acción penal lleve consigo el efecto de la extinción de la acción civil por tratarse de un derecho de opción; sino que se limitó a considerar razonable y compatible con el artículo 24 de la Constitución su otro argumento (el expresado *ex abundantia*): que el plazo de cuatro años establecido en el artículo 9.5 de la LO/1982, es de caducidad y no de prescripción: “[...] *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 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 artículo 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°). El Tribunal Constitucional se ocupó exclusivamente de la cuestión relativa a la caducidad de la acción y, en este sentido, declaró que el Supremo Intérprete de la legalidad ordinaria parte de que el Legislador, en la búsqueda de la certeza de las relaciones jurídicas, ha acudido al instituto de la caducidad y de que ésta no es susceptible de interrupción, ni de suspensión y que, en consecuencia, entendió que tras el sobreseimiento de la causa penal, el plazo de caducidad de la acción ya había vencido. Señala, además, que la apreciación de la caducidad de la acción supera el canon de razonabilidad, arbitrariedad y error patente que le llevaría a confrontar la resolución judicial con la queja contenida en la demanda de amparo, por lo que no le corresponde revisar la legalidad apli-

cada ni establecer la interpretación que haya de brindarse a las normas reguladoras de los plazos de las acciones, por ser ajenas a su competencia.

— La Sentencia de 18 de febrero de 2004 (RJ 2004/751) estima que *si se optó por la vía civil, que queda paralizada por la vía penal, finalizada con sentencia declaratoria de haber prescrito el delito, no cabe después volver a la vía civil.*

Las tres actrices demandaron, el 1 de septiembre de 1995, a la Unión Sindical Obrera y a su Secretario por el daño moral que les había causado en su honor y prestigio profesional las declaraciones efectuadas por el demandado en los diarios *Baleares* y *Diario 16* (el 8 de julio de 1995), en las que se formulaban acusaciones injuriosas a su labor como árbitros designados por la Administración en las elecciones sindicales de 1995. El 14 de julio de 1995, el sindicato Comisiones Obreras había interpuesto querrela contra el Secretario por sus declaraciones periodísticas, acusándolo de injurias graves y calumnias. Tramitadas las diligencias previas, el Juzgado de Instrucción ofreció el procedimiento a las actrices, que se personaron como perjudicadas. El Juzgado de Primera Instancia suspendió, en consecuencia, el procedimiento civil. Las actuaciones penales concluyeron con sentencia en la que se declaró extinguido, por prescripción, el delito de injurias. La sentencia quedó firme y se reanudó el proceso civil. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, que fue confirmada en grado de apelación y recurrida por los demandados.

El Tribunal Supremo resalta que las actrices siguieron “*dos vías sucesivas para la persecución de 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*”. Es cierto —señala— que las actrices podían elegir entre la vía penal y la civil, pero el ejercicio de la acción civil en vía penal (que no era obligado en absoluto) no permite mantener vivo el anterior de la misma acción en la vía civil: “*Las actrices, 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 propia*” (FJ 1º). El Alto Tribunal estima el recurso interpuesto y revoca la sentencia dictada por la Audiencia, confirmatoria de la de la primera instancia.

Esta sentencia fue anulada por la STC núm. 236, de 17 de julio de 2006 (que analizamos en epígrafe aparte) y sustituida por la STS de 18 de julio de 2007 (RJ 2007/4686), en la que, al no poder estimar extinguida la acción civil, se entra ya a conocer del fondo del asunto.

— La Sentencia de 30 de junio de 2004 (RJ 2004/4281) declara la *imposibilidad de iniciación del procedimiento civil, por existencia de cosa juzgada.*

La sentencia se ocupó de resolver el recurso de casación planteado por una madre y su hija por la publicación de una entrevista realizada al esposo y padre titulada “La justicia ha secuestrado a mis dos hijos pequeños”. Previamente, el Juzgado de lo Penal núm. 8 de Málaga, en virtud de querrela, conde-

nó al querellado (esposo y padre de las querellantes) como autor responsable del delito de injurias graves por escrito y con publicidad, por sus declaraciones recogidas en el reportaje. La sentencia estableció una indemnización de un millón de pesetas para cada una de ellas y publicación de la resolución en el periódico, a expensas del condenado. Más tarde, las actoras interponen demanda incidental de protección civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen contra el periódico, su editora, el director y la periodista, solicitando una indemnización para cada una de ellas de cinco millones de pesetas. El Juzgado estimó parcialmente las pretensiones y condenó solidariamente a los demandados al pago de dos millones de pesetas por los daños y perjuicios causados por la publicación negligente de la entrevista realizada. La Audiencia Provincial de Málaga confirmó íntegramente esta sentencia.

La sentencia del Tribunal Supremo sostiene 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*”. Primero ejercieron la acción penal conjunta contra el esposo y padre con la acción civil correspondiente, sin que la misma se dirigiera contra los demandados que, en su caso, serían responsables solidarios de la indemnización señalada y procedente. De conformidad con la doctrina constitucional, el ofendido puede utilizar cualquiera de las vías para la defensa de los derechos protegidos en la LO 1/1982, pero no simultánea o sucesivamente y, basándose en la STS de 18 de febrero de 2004 (que acabamos de exponer) proporciona una “*respuesta negativa al ejercicio de la acción civil posterior a la penal, en aras a la seguridad jurídica, toda vez que 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*”. El Tribunal Supremo acoge el motivo único: imposibilidad de procedimiento civil, por existencia de cosa juzgada (FJ 2º).

— La Sentencia de 5 de julio de 2004 (RJ 2004/4998) declara que *la acción civil no se extingue por el ejercicio de la acción penal si aquélla se reserva*.

De los antecedentes de la sentencia no cabe concretar cuáles fueron los hechos exactos causa de este procedimiento. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda presentada por intromisión ilegítima en el derecho al honor por apreciar la caducidad de la acción. La Audiencia, en cambio, estimó el recurso y declaró producida la lesión, condenando al pago de una indemnización. En el recurso de casación se plantea la cuestión de la caducidad de la acción y, aunque en los antecedentes de hecho no obra que se ejercitara previamente la vía penal, el fundamento de derecho primero expresa que el plazo de la acción civil no admite interrupción y que, por tanto, “*no se ejercita ni se interrumpe con el ejercicio de una acción penal, que no extingue la civil si se reserva ésta*”. Luego, de esta declaración cabría colegir que la acción civil se extingue si no se reserva cuando se ejercita la acción penal (teoría de la opción extintiva). Sin embargo, la sentencia, curiosamente, omite toda consideración relativa a la extinción de la acción civil tras un previo proceso penal frustrado. El Tribunal entiende que “*el plazo de caducidad no ha quedado interrumpido por el ejercicio de una*

acción penal ni puede pensarse que con ésta se ha iniciado la acción de protección al honor; y que como el *dies a quo* se sitúa en el día en que “*el legitimado pudo ejercitar la acción; es decir, desde que sufrió el atentado*”—el 4 de enero de 1996—y la demanda se presentó el 4 de enero de 2000, no procede apreciar la caducidad de la acción. El recurso de casación se estima, no obstante, por entender que no ha habido intromisión ilegítima en el honor, pues de los hechos probados se concluye que nadie hizo manifestaciones que hicieran desmerecer u ofendieran a la demandante y —se añade— que, aunque quizá haya habido atentado contra su intimidad, tal intromisión no forma parte de la acción ejercitada y no caber resolverla para no caer en incongruencia *extra petita* (FJ 1º).

2.2. *Las sentencias que declaran caducada la acción civil por haber transcurrido cuatro años desde la interposición de la querrela criminal*

— La Sentencia de 31 de julio de 2000 (RJ 2000/6206)

La sentencia resolvió un caso de supuesta intromisión ilegítima en el derecho al honor por la publicación de un artículo periodístico, concluyendo que la acción civil estaba caducada. La recurrente tuvo conocimiento del escrito en que se vertieron frases o comentarios ofensivos a su honor el 6 de febrero de 1990 y la demanda se presentó el 5 de abril de 1994, habiendo transcurrido, por tanto, un plazo superior al de cuatro años que marca la Ley y, en consecuencia, habiendo caducado su acción.

En su Fundamento de Derecho 1º, destaca que cuando el artículo 9.5 LO 1/1982 “*habla de caducidad, ha de entenderse como la decadencia de derechos que surge cuando la Ley señala un plazo fijo para la duración de un derecho, de tal modo que transcurrido no puede ser ya esgrimido, y que con el fin de evitar la inseguridad jurídica, ha de contemplarse, dicha caducidad desde un punto de vista del dato derivado del no ejercicio de un derecho por su titular dentro del plazo marcado por la norma*”. Señala también que “*un aspecto esencial de la referida institución de la caducidad es el de su no posible interrupción, y es esta nota la que la diferencia de la prescripción*”. El Fundamento concluye diciendo que en el presente caso no se aplican el artículo 114 LECrim., ni el artículo 10.2 LOPJ, “*desde el instante mismo que la acción civil de protección del honor se puede ejercitar en cualquier momento dentro de un periodo hábil, sin estar sujeta para nada a las vicisitudes de un juicio penal sobre los hechos en cuestión. Puesto que no se puede hablar de una cuestión prejudicial penal de necesario pronunciamiento para el conocimiento de la acción civil, para el ejercicio de esta clase de acciones, que deberán desarrollarse con verdadera autonomía con respecto a otros órdenes jurisdiccionales [...]*”.

— La Sentencia de 22 de noviembre de 2002 (RJ 2002/10364).

La sentencia se ocupó de resolver el recurso planteado por quien había sido condenado en primera instancia y en apelación (elevándose en esta instancia la cuantía de la indemnización debida), tras haber publicado un reportaje en la revista *Interviú* en la edición del 6 al 12 de junio de 1989. El actor interpuso querrela criminal por calumnia con fecha de 16 de octubre de 1989, de la

que posteriormente desistió, acordando el Juzgado de lo Penal el sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones. Con fecha de 28 de febrero de 1994 interpuso demanda civil de protección al honor. La sentencia analizada cita y reproduce textualmente los contenidos de las de 28 de septiembre de 1998 y 31 de julio de 2000, para concluir que la acción había caducado.

— La Sentencia de 20 de julio de 2004 (RJ 2004/5467).

Esta sentencia se ocupa del recurso de casación planteado por quien había presentado querrela contra un periodista y el director del periódico por entender que se había producido una agresión ilegítima en su honor. El Juzgado de Instrucción consideró que el artículo periodístico no implicaba ningún ataque delictivo al honor del querellante y dictó auto por el que se acordó el libre sobreseimiento y archivo de las actuaciones. Contra tal resolución el querellante recurrió en apelación, desestimándose el recurso. No cabiendo recurso de casación, el ofendido interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que fue desestimado; y más tarde demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que resultó inadmitida. La demanda interpuesta ante el Juzgado de Primera Instancia fue desestimada por caducidad de la acción y fue confirmada por la Audiencia. El recurrente alegó que el *dies a quo* para el cómputo del plazo debía ser la fecha en que el Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo frente a la decisión de los órganos de la jurisdicción penal. El Tribunal Supremo señala, en cambio, que el día inicial del cómputo del plazo es aquél en que el legitimado pudo ejercitar la acción y que dicho plazo no se interrumpe (ni suspende) por el ejercicio de la acción penal. El artículo ofensivo había sido publicado el 28 de junio de 1990 y la demanda se interpuso cuando ya habían transcurrido los cuatro años de caducidad de la acción (FJ 2º).

El Tribunal Supremo añade, *ex abundantia cordis*, que si se entendiera que el plazo de caducidad quedó suspendido por la imposibilidad de seguir un proceso civil sobre los hechos objeto de un proceso penal en tramitación, “*igualmente resultaría que la acción ejercitada en la demanda habría caducado, a la vista de que entre el día en que ganó firmeza el auto por el que el órgano de la jurisdicción penal declaró que los hechos objeto de la querrela no eran constitutivos de delito y el día de interposición de la demanda, luego admitida, había transcurrido con exceso el tiempo que establece el artículo 9.5 de la Ley 1/1982 (la interposición de un recurso de amparo no impedía, en todo caso, ejercitar la acción civil de que se trata: al respecto, Sentencia de 4 de diciembre de 1996 [RJ 1996/8942])*”.

2.3. Las sentencias que declaran que la acción civil reservada en la vía penal no es la de la LO 1/1982

— La Sentencia de 14 de julio de 2004 (RJ 2004/4377).

Esta resolución resolvió los hechos objeto de un juicio de faltas terminado por sentencia condenatoria por falta contra el respeto y consideración que se

debe a toda autoridad en el ejercicio de sus funciones. El ofendido se reservó expresamente las acciones civiles a fin de exigir, ante la jurisdicción civil, la indemnización de los daños materiales y perjuicios morales sufridos. Los hechos probados fueron: El demandado había tirado desde el balcón de su casa tres huevos al demandante cuando éste encabezaba una comitiva por las calles del pueblo, diciéndole “dedícate a gobernar y no me quites el pan de mis hijos” porque la alcaldía le había cerrado su bar. La sentencia de primera instancia estimó la demanda y, posteriormente, en grado de apelación fue revocada por entender que el “ataque verbal” no constituía ningún ataque al honor. El supuesto ofendido interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

El demandado-recurrido plantea, como cuestión previa en su escrito de impugnación, que la acción ejercitada por el demandante-recurrente ha caducado. Frente a tal afirmación, el Tribunal Supremo concluye que no es posible apreciar la caducidad de la acción alegada, pues entre los hechos, acaecidos el 16 de junio de 1996, y la interposición de la demanda civil, presentada el 13 de junio de 1997, no había transcurrido el plazo de caducidad de cuatro años establecido en el artículo 9.5 LO 1/1982 (FJ 3º). Por esto, el Alto Tribunal señala que “[l]o antedicho no despeja sin embargo por completo el camino para entrar a conocer de los motivos del recurso”.

Declara que la acción de que disponía el ofendido era la de la responsabilidad civil nacida de la falta ya apreciada por sentencia penal firme y no la ejercitada, que fue la de la LO 1/1982, “*pues la sanción penal había agotado la respuesta represiva*”. Y, aunque la responsabilidad civil se deba determinar por los criterios de dicha Ley (arts. 9.2 y 3), según lo dispuesto en el artículo 1.2, no es esta norma la que sustenta la acción que debía haber sido ejercitada, sino la del artículo del Código civil (art. 1092), porque lo que no cabe, en ningún caso, es pretender un nuevo enjuiciamiento de los hechos ya sancionados por la jurisdicción penal (FJ 4º). Estas consideraciones llevan al Alto Tribunal a desestimar el recurso de casación planteado, confirmando la sentencia de la Audiencia impugnada, “*aunque no se compartan sus razonamientos jurídicos enjuiciando nuevamente los hechos, porque en definitiva el tribunal se vio arrastrado a este nuevo enjuiciamiento 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 [...]*”.

— La Sentencia de 30 de diciembre de 2004 (RJ 2005/410).

La sentencia resolvió el caso de quien había optado por la vía penal por unos hechos que dieron lugar a la condena del querellado con reserva de las acciones civiles. Tras la condena, el demandante solicitó en la vía civil la declaración de que el demandado había cometido una intromisión ilegítima en el derecho a su honor, al haber difundido por medio de carteles colocados en la ventana de un bar, determinadas expresiones alusivas a su persona, pidiendo una indemnización de un millón quinientas mil pesetas por el daño moral padecido y la publicación de la parte dispositiva de la sentencia estimatoria.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, siendo confirmada en grado de apelación por la Audiencia. El Tribunal Supremo entiende que “*el recurrente carece de legitimación activa para ejercitar la acción de protección en la vía civil de su derecho al honor [...]. Optó por la vía penal en su día y [...] no cabe, en la interpretación de la Ley 1/82, entender que el presunto lesionado puede ejercitar la vía civil cuando ha elegido ya la vía penal [...]. 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 [...], 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 1º).

3. La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 236, de 17 de julio de 2006: La consagración de la teoría de la opción no extintiva

La Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2ª) 236/2006, de 17 de julio anuló la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2004, analizada en páginas anteriores, que es, precisamente, una de las que cita la sentencia recurrida (SAP de Sevilla de 2 de noviembre de 2005) para apoyar la extinción de la acción civil derivada de los hechos enjuiciados.

El Tribunal Constitucional destaca que las demandantes acudieron inicialmente a la vía civil y que, sólo cuando se incoaron las diligencias penales sobre los mismos hechos por las querellas interpuestas por los sindicatos Comisiones Obreras y Unión General de Trabajadores se personaron en el proceso penal como perjudicadas, ejercitando la acción penal y solicitando una indemnización. Precisamente, fue uno de los codemandados quien solicitó la suspensión del proceso civil hasta que recayera sentencia penal firme, a la que se adhirieron las demandantes. La sentencia penal declaró prescrito el delito imputado, por lo que ni favoreció ni perjudicó a las recurrentes. No hubo, en consecuencia, pronunciamiento sobre la posible responsabilidad civil derivada de los hechos (FJ 3º).

A su vez, el Intérprete de la Constitución pone de manifiesto que el Tribunal Supremo, al desestimar la demanda origen del proceso por considerar extinguida la acción civil, está en puridad declarando que el proceso no debió abrirse y, en consecuencia, que no debió, como sucedió en primera y segunda instancia, resolverse sobre el fondo.

Destaca también que el Tribunal Supremo se apoya, para avalar su solución, en la STC 77/2002, de 8 de abril, cuya *ratio decidendi*, sin embargo, no es la mencionada por dicho Tribunal, sino que la apreciación de la caducidad de la acción de protección civil del derecho al honor supera el canon de razonabilidad, arbi-

triedad y error patente. El Tribunal Constitucional señala, además, que asume el énfasis con que el Tribunal Supremo defiende que el plazo para el ejercicio de las acciones de protección establecida en la LO 1/1982 es de caducidad y no de prescripción; pero que no puede mantenerse que su sentencia (la constitucional) avalara el resto de los pronunciamientos de la sentencia del Tribunal Supremo recurrida en dicha ocasión: esto es, el fundamento jurídico *–ratio decidendi–* según el cual el ejercicio de la acción penal extingue la civil (FJ 4º).

Por esto, el Tribunal Constitucional se ve obligado a aclarar la cuestión que marginó en su anterior sentencia y a pronunciarse sobre su acomodo constitucional (FJ 5º). Sostiene, así, que la interpretación según la cual el ejercicio de la acción penal lleva consigo la extinción de la civil no encuentra apoyo en la legislación vigente. El artículo 116 LECrim. dispone que “[l]a 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”; por lo que la afirmación de que “el ejercicio de la acción penal impide el posterior ejercicio de la civil viene a resultar directamente contrario a su sentido lógico”. Si este hecho se establece por vía jurisprudencial, se está ante una causa de extinción no prevista en la Ley y se está limitando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, en su concreto contenido de acceso a la jurisdicción. En el caso enjuiciado, el proceso penal se resolvió declarando prescrito el delito imputado al querrellado y dicha declaración impide la condena penal por los hechos probados, pero no descarta, en absoluto, el carácter de ilícito civil de la conducta enjuiciada que, desde esta perspectiva, quedó imprejuzgada, por lo que las solicitantes, en el legítimo ejercicio de su derecho a obtener una resolución sobre el fondo del asunto, pidieron que se levantara la suspensión del proceso civil que había quedado paralizado.

Por tanto, “[...] debe concluirse que la decisión de considerar extinguida la acción civil por el mero hecho de haberse personado en un proceso penal iniciado a instancia de otras partes y en el que, por determinarse la prescripción del delito imputado, quedó imprejuzgada la eventual responsabilidad civil, carece de base legal alguna en la que sustentarse, resultando por ello inaceptable desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la justicia (art. 24.1 CE)”.

4. La jurisprudencia posterior

Tras la sentencia del Tribunal Constitucional citada, el Tribunal Supremo tuvo que dictar nueva sentencia, la de 18 de julio de 2007 (RJ 2007/4686), que desestimó el primer motivo del recurso, fundado en la extinción del acción civil por el previo ejercicio de la acción penal; y dando por reproducidas íntegramente las razones de la sentencia constitucional (FJ 3º), entró a continuación en el fondo del asunto, que no procede analizar aquí.

La jurisprudencia posterior a la sentencia del Tribunal Constitucional es ya clara sobre el asunto y se pronuncia expresamente en torno a la subsistencia de

la acción civil tras las actuaciones penales fallidas o declara –*ex abundantia cordis*– la caducidad de la acción, abandonando ya la *teoría de la opción extintiva*.

La sentencia de 21 de julio de 2008 (RJ 2008/4990) se ocupó del siguiente caso: el demandado, concejal de deportes de un Ayuntamiento formuló denuncia contra el demandante por malversación de caudales públicos al advertir que existía una diferencia entre los ingresos generados en la explotación del polideportivo municipal y las cantidades ingresadas por este concepto en las arcas municipales. La denuncia dio lugar a un proceso penal que finalizó con sobreseimiento y archivo de las actuaciones. El ofendido formuló querrela contra el presunto ofensor por calumnia y denuncia falsa que también fue archivada, tras lo que presentó demanda en protección del derecho al honor. El Tribunal Supremo rechaza de manera explícita que el ejercicio de la acción penal hubiera determinado por sí solo la extinción de la acción civil, señalando que *“la jurisprudencia de esta Sala y la doctrina del Tribunal Constitucional han insistido en que la acción penal no interrumpe ni suspende el plazo de caducidad de la acción civil en protección al derecho al honor; pero si la acción penal termina sin sentencia condenatoria, queda libre la acción civil, siempre que no se haya producido la caducidad de la misma”* (FJ 2º).

La sentencia de 20 de marzo de 2007 (RJ 2007/1669) se ocupó del recurso de casación planteado frente a la sentencia de segunda instancia que confirmó la de la primera, desestimando la demanda contra el Decano de un Colegio de Abogados y el Presidente de su Comisión de Deontología, por haber dado publicidad a una sanción disciplinaria de diez años de suspensión en el ejercicio de la profesión, impuesta al demandante, pese a no ser firme e, incluso, antes de su notificación. Los demandados opusieron, desde el principio, la caducidad de la acción. El Tribunal Supremo consideró correcta la apreciación de la misma porque desde los hechos (septiembre de 1988) hasta el ejercicio de la acción civil de protección del derecho al honor habían transcurrido casi diez años (abril 1998) y las actuaciones penales seguidas durante ese periodo se habían incoado en virtud de denuncia por un delito de coacciones, no equivalente al ejercicio de la acción penal por el carácter de delictivo de una intromisión en el derecho al honor; pero, además, añade que, aun cuando se entendiera que en las diligencias previas archivadas antes de la demanda civil se había ejercitado la acción penal por un delito contra el honor, la acción civil habría caducado al haberse interpuesto la demanda casi una década después de que el demandante la hubiera podido ejercitar acudiendo a los órganos de la jurisdicción civil (FJ 3º).

5. Los criterios consolidados por la sentencia de 29 de abril de 2009

5.1. Acotación de su ámbito de aplicación

La Sala 1ª del Tribunal Supremo consolida unos criterios relativos al ejercicio de la acción civil por intromisión ilegítima en el derecho al honor cuando

ha habido actuaciones penales previas por delitos perseguibles sólo a instancia de parte mediante querrela: *delitos privados de injurias y calumnias* (art. 215.1 Cp). Estos delitos no generan una acción penal pública, sino únicamente la acción privada del ofendido, por lo que se sustancian en procesos en los que no interviene el Ministerio Fiscal. Por esto, el perdón del ofendido extingue la responsabilidad criminal (art. 215.3 Cp), con el límite que supone el artículo 130.5º Cp: “[...] *El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto el juez o tribunal sentenciador deberá oír al ofendido por el delito antes de dictarla*”.

Aunque el Tribunal Supremo no los mencione, no cabe excluir que los criterios sentados sean aplicables a los *delitos de injurias o calumnias vertidas contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes a sus cargos* (art. 215.2 Cp) pues, aunque éstos son perseguibles de oficio y, por tanto, públicos, su tratamiento incluye la virtualidad extintiva del perdón del ofendido, propio de los delitos privados (art. 215.3 Cp). De ahí que, cuando se trata de estos delitos, la jurisprudencia haya mantenido que el perjudicado puede optar por acudir directamente a la vía civil, sin necesidad de un proceso penal previo que determine si los hechos son o no constitutivos de delito. Tanto si opta por la vía penal como por la civil, los criterios afirmados resultan perfectamente trasladables. Sólo cuando el proceso penal haya comenzado de oficio y haya finalizado por sobreseimiento o con sentencia absolutoria (siempre que no declare la inexistencia del hecho), cabría plantearse su aplicabilidad, pues, en tal caso, iniciado el proceso penal, puede sostenerse con vigor la suspensión del plazo de caducidad de la acción civil.

Los criterios no son aplicables a los delitos *públicos*, que son perseguibles de oficio, respecto de los cuales se despliega la actividad jurisdiccional por el mero conocimiento de la existencia del hecho (*notitia criminis*) (*v. gr.* homicidio). El Ministerio Fiscal es parte necesaria en sus procesos y su intervención se caracteriza por la irrenunciabilidad de la acción penal pública y por la plena independencia respecto de la voluntad de los perjudicados en su ejercicio y en su existencia. Tampoco son trasladables a los delitos *semipúblicos*, sometidos a su mismo régimen, excepto con la salvedad de que precisan la denuncia para la incoación del procedimiento (*v. gr.* agresión sexual).

Pues bien, tanto en los delitos públicos como en los semipúblicos en los que haya un daño susceptible de ser reparado, la incoación de las actuaciones penales tiene como efecto interrumpir la prescripción de la acción de responsabilidad civil si aquéllas se sobreseen o se resuelven con sentencia absolutoria (siempre que no se declare la inexistencia de los hechos). Tras la firmeza de la resolución que haya puesto término al procedimiento criminal, se inicia de nuevo el cómputo del plazo de prescripción que corresponda.

Si, en cambio, el proceso penal finaliza con sentencia condenatoria se produce, según la que considero mejor doctrina [REGLERO CAMPOS, L. F.

(1994), pp. 120-121, 472-538 y 596-598)], el fenómeno de la *intervención* de la prescripción (con la modificación del plazo de ejercicio), pues cambia el título generador de la acción, que ya no es el hecho ilícito dañoso, sino la declaración firme de la sentencia penal. Esta novación del título crediticio genera en el acreedor una nueva acción, sustraída al régimen *ex tempore* anterior y, por tanto, a su plazo, que ahora comienza a computarse desde la firmeza de la sentencia (art. 1971 Cc) al que, por no tener una duración concreta, se le aplica el plazo quinquenal de las acciones personales carentes de duración específica (art. 1964 Cc). Esta solución doctrinal coincide con la práctica de la jurisprudencia que, con diverso argumento, reconduce el plazo de la prescripción al mismo precepto y que resumimos a continuación.

Cuando se quiso encontrar el plazo de la acción de responsabilidad civil derivada de delito declarado en sentencia firme se creyó que su naturaleza era diversa de la de la acción estrictamente aquiliana. Se partía, además, de que la responsabilidad civil *ex delicto* estaba regulada en el Código penal (art. 1092 Cc), mientras que la aquiliana se hallaba en el Código civil (art. 1093 Cc). Por esto, se afirmaba que el plazo de la responsabilidad civil pura era el anual contemplado en el artículo 1968.2º Cc. El artículo 1092 Cc remitía al Código penal (primera remisión), por lo que en dicho cuerpo legal debía encontrarse el plazo de la acción de responsabilidad civil derivada de delito. Pero el artículo 117 del derogado Código penal disponía: “*La responsabilidad civil nacida de delito o falta se extinguirá de igual modo que las demás obligaciones, con sujeción a las reglas del Derecho civil*”; lo que suponía la vuelta al Código civil (segunda remisión), en el que sólo se prevé el plazo de la acción derivada de injurias y calumnias (un año *ex* artículo 1968.2º Cc), por lo que el plazo de la acción derivada de los demás delitos debía ser distinto y, al no contar con una regulación específica, quedaban sometidos al artículo 1964 Cc, que establece que las acciones personales que no tengan señalado un término especial prescriben a los quince años. Ésta es la conocida como *teoría de las remisiones*, con la que se conseguía salvar, además, la aplicación del brevísimo plazo prescriptivo anual del artículo 1968.2º Cc de la responsabilidad civil pura. El vigente Código penal de 1995 no contiene un precepto equivalente al mencionado, pero la solución a la que se arriba es la misma, pues, ante la falta de regulación en la norma penal, se acude al Código civil en su calidad de Derecho supletorio.

Superada ya la distinción entre ambos tipos de responsabilidad, la unidad de la naturaleza de la acción de responsabilidad civil justificaría que a toda acción, derivada o no de delito, se le aplicara el plazo anual del artículo 1968. 2º Cc, por identidad de razón [YZQUIERDO TOLSADA, M. (1990), p. 594]. Sin embargo, mientras no se modifique la legislación para unificarlas, lo cierto es que cabe apreciar una diferencia sensible entre la acción puramente aquiliana y la *ex delicto* que podría explicar su diversa duración. Cuando se ejerce la acción aquiliana, se está solicitando al juez que lleve a cabo un doble pronunciamiento: primero, la declaración que el hecho generador del daño ha dado lugar a la

responsabilidad civil en virtud de un concreto título de imputación; y, segundo, la fijación de la indemnización a que tiene derecho el perjudicado. En cambio, cuando se ejercita la *ex delicto*, el primer pronunciamiento ya lo ha hecho el Tribunal Penal y sólo se pide que, partiendo de la existencia del título atributivo declarado en la sentencia penal condenatoria firme, realice el segundo pronunciamiento. Por tanto, cuando se ejercita la acción derivada de delito tan solo se está solicitando la satisfacción del crédito resarcitorio, encajando el supuesto de lleno en el artículo 1971 Cc, que establece: “*El tiempo de la prescripción de las acciones para exigir el cumplimiento de obligaciones declaradas por sentencia, comienza desde que la sentencia quedó firme*”, porque, en definitiva, se trata de exigir el cumplimiento de una obligación ya declarada por el Tribunal Penal; y, ante la ausencia de un plazo concreto, procede aplicar el quinquenal.

5.2. *La naturaleza del plazo de la acción civil de protección del honor y sus efectos*

Respecto de la naturaleza del plazo de la acción civil de protección del honor y sus efectos, el Tribunal Supremo realiza en la sentencia comentada cuatro afirmaciones en las que se sostiene:

1º Que el plazo de cuatro años establecido en el artículo 9. 5 de la LO 1/1982 es de *caducidad*, tal como lo expresa el propio precepto. Consecuentemente y, dada la naturaleza del instituto de la caducidad, el Tribunal Supremo mantiene que tal plazo no es susceptible de interrupción por la incoación de actuaciones penales por los mismos hechos. Dice, así, que se reitera la jurisprudencia de la Sala que fue declarada conforme con la Constitución por el Tribunal Constitucional (STC 77/2002, de 8 de abril).

2º Si la acción civil fundada en la LO 1/1982 se ejercita antes de transcurrir dicho plazo de cuatro años, no procederá apreciar su caducidad ni tampoco su extinción. Con esto, se rectifica el criterio aplicado por algunas sentencias mencionadas de la Sala (28-9-1998, 18-2-2004, 30-6-2004 y 5-7-2004) y se coincide con lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la sentencia 236/2006, de 17 de julio.

3º Si la demanda civil se interpone, en cambio, transcurrido dicho plazo cuatrienal, procederá apreciar su caducidad, aunque todavía estén pendientes actuaciones penales sobre los mismos hechos.

4º Si las actuaciones penales finalizaran transcurridos los cuatros años sin sentencia condenatoria y sin que el ofendido se hubiera reservado la acción civil para ejercitarla terminado el juicio criminal, la acción civil fundada en la mencionada Ley también habría caducado.

Con esta enumeración, el Tribunal Supremo aclara el tratamiento de la acción civil derivada de los delitos de injurias y calumnias cuando ha habido ac-

tuaciones penales previas. Es un acierto –y merece todo nuestro aplauso– el reconocimiento de la subsistencia de la acción civil cuando el proceso penal ha finalizado por sobreseimiento o sentencia absolutoria que no declare la inexistencia de los hechos. La jurisprudencia anterior, carente de fundamento normativo, privaba al supuesto ofendido de su derecho a la tutela civil, afirmando la inexistencia de la acción civil tras el ejercicio infructuoso de la acción penal, privándole con ello de la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24 de la Constitución, sesgando, consecuentemente, su derecho a las tutelas civiles reintegradora y resarcitoria y afectando a la esencia misma del honor, en tanto derecho fundamental. El ofendido que optaba por ejercitar la acción penal dependía de haber estado acertado en su elección pues si, finalmente, el proceso penal resultaba frustrado, se veía privado ya definitivamente de la tutela proporcionada por los remedios civiles.

A partir de ahora y de forma indubitada, el perjudicado cuenta con un verdadero derecho de opción y si elige una vía penal que, a la postre, finaliza con sobreseimiento y archivo de actuaciones o con sentencia absolutoria (que no declare la inexistencia de los hechos), puede ejercitar su acción civil.

Ahora bien, este primer criterio viene acompañado de la consideración de que el plazo de ejercicio de la acción civil no queda interrumpido por el de la acción penal puesto que el plazo es de *caducidad* y no, por tanto de *prescripción* (*exceptio temporis*). El plazo cuatrienal establecido en el artículo 9.5 de la LO 1/1982 desplaza, así, en consecuencia, al anual establecido en el artículo 1968.2º Cc, que encuentra su origen más remoto en la *actio iniuriarum* del Derecho romano (C. 9, 35, 5: “[...] *quum iniuriarum actio annuo tempore prescripta sit* [...]”), pasando después a Las Partidas, donde se decía que “*Hasta un año puede todo hombre demandar enmienda de la deshonra o del tuerto que recibió. E si un año pasa o si desde el día que le fue hecha la deshonra no demandase en juicio enmienda de ella, de allí en adelante no la podría hacer, porque puede hombre asmar que no se tuvo por deshonrado ya que tanto tiempo se calló que no hizo, por tanto, querrela en juicio o que perdonó a aquél que se lo hizo* [...]” (P. 7, 9, 22).

El Tribunal Supremo lleva a cabo una interpretación literal del artículo 9.5 LO 1/1982 (según el *in claris non fit interpretatio*), que utiliza la expresión *caducarán*, pero no se detiene a explicar suficientemente las razones que justifican que el plazo sea de caducidad y no de prescripción. Tan solo en alguna sentencia ha dicho que el plazo previsto se “*escapa del instituto de la prescripción*” y que se establece “*de propósito*” el de la caducidad porque ésta “*que se parece a la prescripción extintiva en el efecto de la desaparición de un derecho por el transcurso del tiempo, se refiere a la certidumbre de las relaciones jurídicas y presenta rasgos distintivos más severos que los de la segunda institución citada, puesto que en aquella no se valora la falta de utilización de un derecho prescriptible, sino que se trata del cumplimiento de un plazo, previsto legal o convencionalmente, a cuyo término, en general, no es posible ejercitar un derecho o acción determinada*” (STS de 28-9-1998); o se justifica “*con el fin de evitar la inseguridad jurídica*” (STS de 31-7-2000).

La doctrina, por lo general, asume también que el citado plazo es de caducidad [BODAS DAGA, M. E. (2007) p. 244; GRIMALT SERVERA, P. (2007), p. 154; HERRERO-TEJEDOR, F. (1990), p. 289; LACRUZ, J. L. y otros (2004), p. 111; LÓPEZ DÍAZ, E. (1996), p. 64; LÓPEZ ORELLANA, M. (2007), p. 327; ROYO JARA, J. (1987), p. 178].

Pero, los institutos de la prescripción y la caducidad tienen un sentido, caracteres y efectos diferenciados que se justifican por la *naturaleza* de los derechos afectados [ALBALADEJO GARCÍA, M. (2006), pp. 878-921; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2007), pp. 66-73 y 79-81; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L./GULLÓN BALLESTEROS, A. (2005), pp. 442-457; LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros (2000), pp. 326-355; DE CASTRO Y BRAVO, F. (1976), pp. 145-181]:

a) La prescripción afecta a los derechos subjetivos patrimoniales (ya sean reales, ya de crédito). No se extinguen por prescripción las acciones meramente declarativas tendentes a obtener la nulidad de los actos jurídicos, porque pretenden poner de relieve que el acto es nulo y que los efectos realmente no existen. Tampoco se extinguen por prescripción las singulares facultades que son contenido de los derechos (*in facultativis non datur praescriptio*), pues las mismas resultan afectadas en bloque por la prescripción del derecho, pero no son desglosables a efectos de la prescripción extintiva. Por ser simples facultades de sus respectivos titulares –coherederos, condueños o propietarios de fincas colindantes– y no derechos independientes, no prescriben la acción para pedir la partición de la herencia (*actio familiae erciscundae*), la acción para solicitar la división de la cosa común (*actio communi dividundo*), ni la acción de deslinde de las propiedades contiguas (*actio finium regundorum*). Los denominados derechos potestativos o de configuración jurídica que son, en rigor, facultades secundarias de una relación, sí se extinguen por el paso del tiempo, pero no por prescripción, sino por caducidad.

La prescripción protege el interés individual del sujeto pasivo de un derecho para no verse expuesto a reclamaciones antiguas (que, quizá, ya ni recuerde), tras un largo periodo en el que el sujeto activo estuvo totalmente silente. Ante la reclamación intempestiva, el ordenamiento le concede la facultad de impedir su ejercicio mediante la *exceptio temporis*.

Por su parte, la caducidad afecta a un grupo concreto y especial de derechos cuyo denominador común es estar enderezados a modificar situaciones jurídicas, en los que hay involucrados intereses de terceras personas: los derechos potestativos o de configuración jurídica de una situación preexistente. Por esto, son susceptibles de caducidad las facultades que han adquirido la condición de derechos secundarios (tanteo y retracto); las facultades, acciones y derechos que tienen naturaleza extrapatrimonial (así, las que afectan al estado civil de las personas); y las acciones que, sin tener la consideración de verdadero derecho subjetivo, otorgan un poder para modificar una relación negocial

(acción de rescisión, anulación o revocación). En tanto el derecho no se ejercite, la situación jurídica afectada se encuentra en una fase provisional que determina el tránsito a la situación definitiva.

La caducidad protege intereses generales que buscan la certidumbre de concretas situaciones jurídicas. Así, sucede, por ejemplo, con la facultad de impugnar un contrato por vicio del consentimiento (error, violencia, intimidación o dolo). El contrato viciado genera una situación jurídica claudicante productora de efectos mientras no sea impugnado. El ordenamiento jurídico tiene interés en que dicha situación se dilucide en un breve lapso, con el fin de que los efectos producidos adquieran ya una firmeza irrevocable. Los efectos jurídicos producidos por el contrato no pueden estar sometidos a la amenaza de su desaparición durante un largo periodo de tiempo. Por el contrario, el instituto de la prescripción cohonesta perfectamente con la idea de la duración *sine die* de un derecho si se interrumpe sucesivamente su plazo.

b) La prescripción sólo puede ser invocada *ope exceptionis*, pues protege un interés estrictamente individual; la caducidad, en cambio, debe ser apreciada judicialmente *ex officio*, sin necesidad de rogación de parte, pues protege un interés general, que es el interés comunitario en la pronta certidumbre de la relación jurídica, que se encuentra pendiente de una posible o eventual modificación. Por esto, si bien la prescripción ganada puede renunciarse (art. 1935.2 Cc), no cabe renunciar a la caducidad producida.

c) Un *derecho prescrito* no es, en puridad, un derecho extinguido por su falta de ejercicio en el tiempo previsto; es un derecho subsistente que, por su desuso, deja ya de estar protegido judicialmente. Un *derecho caducado* no es un derecho extinguido por su no ejercicio en el tiempo previsto; es un derecho que, al no haber producido la modificación jurídica a que estaba destinado, decae (de ahí que la caducidad se denomine también *decadencia*) y queda frustrado; de modo que, al no haberse actuado tempestivamente, se impide, en rigor, el nacimiento del derecho que constituía su razón de ser; y, por esto, el transcurso del plazo de caducidad frena, *die veniente*, el ejercicio del derecho.

Un derecho prescriptible puede durar indefinidamente, mediante los actos de interrupción. Un derecho caducable lleva ínsito el señalamiento del *punctum temporis* final.

Las diferencias apuntadas eran desconocidas en la etapa codificadora y, en consecuencia, en el seno del Código civil resulta preciso determinar, en cada caso concreto, ante qué figura se está, siguiendo la pauta que proporciona la naturaleza del derecho afectado. Más allá del Código civil, algunos autores [DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1997), p. 68; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L./GULLÓN BALLESTEROS, A. (2005), pp. 456 y 457; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2008), pp. 344-345) consideran que este criterio general que diferencia los institutos de la caducidad y de la prescripción no vincula necesariamente al Legislador. Entienden, en consecuencia, que si lo que pretende es es-

tablecer un plazo fijo y definitivo para deducir la acción, no susceptible de interrupción, aquél se encuentra perfectamente legitimado para calificar un determinado plazo de caducidad, aunque no concurra en el concreto supuesto el ejercicio de un derecho potestativo. Con ello, se evita la continua reviviscencia del posible ejercicio de la acción. Siguiendo estos planteamientos, no hay duda de que, estos autores, consideran que, efectivamente, el plazo contemplado en la LO 1/1982, es de caducidad. Esta regulación ha sido aplaudida y también justificada por el juego que, en dicha Ley, desempeña la voluntad del afectado en la protección de los derechos de la personalidad; y se ha encontrado cierta semejanza con los derechos potestativos o de configuración jurídica [VIDAL MARTÍNEZ, (1984), p. 151], pero lo cierto es que el carácter ilícito de las intromisiones no depende de los perjudicados; lo único que depende de su voluntad es solicitar o no su tutela.

En otra línea se sitúan quienes critican la opción legal [DE COSSÍO, M. (1993), p. 35] y quienes se plantean si ésa es la verdadera naturaleza del plazo de la acción civil [YZQUIERDO TOLSADA, M. (2008), pp. 434-435; CASAS VALLÉS, R. (1991), p. 488-494; IGARTÚA ARREGUI, F. (1987), pp. 4567-4569].

En este sentido, son varias las cuestiones que se suscitan. ¿No es la tutela civil pretendida manifestación de un derecho subjetivo de naturaleza patrimonial de interés estrictamente individual? Cuando un derecho se declara prescrito no es que ya no exista, sino que su titular está privado *voluntate debitoris* de la protección jurídica. Cuando un derecho se declara caducado, es un derecho inexistente, que no ha llegado a nacer. ¿No se acomoda mejor el crédito civil derivado de un atentado al honor a su vocación como derecho prescriptible? Cuando, tras la agresión ilegítima contra el honor, el ofendido deja transcurrir el tiempo sin reclamar su tutela, no es que su derecho ya no exista, sino que, por su inactividad (o falta de reconocimiento) es un derecho que no cuenta con la protección de la que habría gozado de haberlo hecho en tiempo.

A su vez, la afirmación de que el plazo es de caducidad implica que éste no pueda interrumpirse ni por la reclamación judicial del ofendido, ni por la extrajudicial, ni por el reconocimiento de deuda del ofensor. Y, por una parte, la circunstancia de que la declaración del ofensor acerca de su obligación resarcitoria no impida la automaticidad indefectible de la caducidad del crédito del ofendido, resulta especialmente llamativa. Y, por otra, si lo que se pretende es evitar que el ofendido interrumpa indefinidamente el transcurso del plazo de manera extrajudicial, con la inseguridad jurídica que acarrea para el ofensor, nada impediría que el plazo de la acción se configurara como de prescripción y que la ley privara de efectos interruptivos a la reclamación extrajudicial. Porque este mecanismo interruptivo no forma parte del núcleo del instituto de la prescripción, de forma que, aunque esté prevista como causa general de interrupción en el Código civil (art. 1973 Cc), no hay razones que impidan a la ley privarle de tal eficacia en casos especiales. Que la reclamación extrajudicial del acreedor no es de esencia lo demuestra su carácter excepcional en la regula-

ción del instituto en el Derecho comparado (la gran mayoría de los Códigos civiles del siglo XIX y de principios del XX, siguiendo la línea iniciada por Código civil francés, no le atribuyen efectos interruptivos); así como su ausencia como causa de interrupción en Código de Comercio (art. 944) y en el Proyecto de Código civil de 1851 (arts. 1981-1990) [*vide* DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (1986), p. 1048; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2007), pp. 45 y 183-185].

Además de lo anterior, resulta extraño que la LO 1/1982 sitúe el comienzo del plazo de la acción en el momento en que el legitimado *pudo* ejercitarla, *dies a quo* propio de los plazos de prescripción. Las acciones susceptibles de prescripción comienzan a prescribir a partir del momento en que el titular puede ejercitarlas (criterio general establecido en el art. 1969 Cc). Las acciones susceptibles de caducidad sitúan el inicio del cómputo en el momento de la producción del hecho constitutivo del derecho, abstracción hecha de la *posibilidad* de ejercicio [DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2007), p. 70]. Por esto, también le resulta al Tribunal Supremo algo compleja la fijación del momento en que ha de empezarse a contar: “[...] la concreción de esa fecha puede plantear problemas de interpretación [...]”, por lo que “la doctrina jurisprudencial no asume una respuesta concluyente en este particular, sino que procura facilitarla en cada supuesto concreto” (STS 28-9-1998). Se comprueba, así, que la seguridad pretendida por el Legislador con la configuración del plazo como de caducidad no ha sido del todo coherente con el *dies a quo* señalado por la Ley, que lo habría sido si se hubiera señalado como fecha para el comienzo del cómputo *aquella en que la ofensa se produjo*, evitando así la incertidumbre en cuanto al mismo.

Por esto, se ha dicho que se trata de “una caducidad más bien rara” [YZQUIERDO TOLSADA, M. (2008), p. 434]; y que “el momento elegido para el inicio del cómputo constituye, en cierto modo, un estorbo en el engranaje de la caducidad” [CASAS VALLÉS, R. (1991), p. 491, quien se muestra partidario de que el plazo sea de prescripción]. Algún autor, incluso, para darle cabal sentido a la Ley ha sostenido que cabría interpretar que el plazo de caducidad de cuatro años es el de las acciones de reintegración o restauración del derecho lesionado, pues son las que realmente tienden a la defensa de los derechos de la personalidad, mientras que la acción de responsabilidad civil estaría sometida al plazo de prescripción de un año que contempla el artículo 1968.2º Cc [IGARTÚA ARREGUI, F. (1987), pp. 4567; seguido por YZQUIERDO TOLSADA, M. (2008), p. 435].

Por otra parte, en alguna de las sentencias estudiadas el demandante ha visto rechazada su pretensión en la vía civil por el transcurso del plazo de cuatro años de caducidad por una injustificada dilación del proceso penal: “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” (STS 28-9-1998). O sea, que la lentitud del proceso criminal perjudica al ofendido, que puede ver caducada su acción civil. La aseveración de que, en tal caso, la acción civil ha caducado, no se acomoda a las exigencias

de una tutela judicial efectiva, ni a la virtualidad del principio tendencial *pro actione*. Por esto, si se quiere mantener que el plazo es de caducidad, lo más adecuado es considerar que la acción civil puede quedar *parada* (suspendida) hasta la finalización del proceso penal, momento en el cual se reanuda el cómputo del plazo: “La acción civil permanece viva, aunque esté parada” [*vide* DE CASTRO Y BRAVO, F. (1976), p. 181; SSTS 23-10-1983 (RJ 5338/1983) y 11-5-1966 (RJ 2418/1966)]. Así lo consideraron los votos particulares de la sentencia citada, contrarios a considerar extinguida la acción civil.

El voto del Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada Gómez señala que no es posible sostener que el lapso tramitatorio de la acción penal agotó el plazo de caducidad de la acción civil, pues éste, cuando la acción se ejercitó en plazo, se *suspende*, de forma que se paraliza su cómputo, que luego se reanuda tras la vicisitud posterior. Por esto, agotada la acción penal, el afectado, tras la suspensión, ejercitó tempestivamente la acción civil: “[...] *es muy penoso que por la negligencia de una dilatada tramitación en el cauce penal –más de cinco años– la interesada se haya visto privada de una tutela judicial a que tenía derecho [...], mientras que si «hubiera tenido la suerte» –perdón por el giro popular– de haber contado, como suele ser habitual, con un tribunal medianamente diligente, su acceso a la justicia civil hubiera prosperado*”.

El voto del Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo considera que todo plazo de caducidad ha de respetar el criterio jurisprudencial según el cual no puede computarse si por *fuerza mayor* o *causa independiente de la voluntad del titular*, no puede ejercitarse la acción. Si cuando el ofendido acude a la vía penal, ésta hace imposible el ejercicio simultáneo con la civil, la interpretación más acorde con la tutela judicial efectiva es entender que es causa independiente de la voluntad del ofendido que la vía penal tarde más de cuatro años en resolver (o en dejar de resolver).

En nuestra opinión, la suspensión del plazo no debe producirse sólo en el caso en que la prolongada duración del proceso penal se interpreta como una fuerza mayor independiente de la voluntad del titular impositiva del cómputo del plazo de caducidad hasta su finalización (en este sentido, STS 8-11-1983, RJ 1983/6065), sino siempre que se inicien las actuaciones penales y con independencia de cuál sea su duración [En este sentido, CASAS VALLÉS, R. (1991), p. 494; lo plantean también GRIMALT SERVERA, P. (2007), p. 154; y BODAS DAGA, M. E. (2007) p. 260, quien llega más allá y, señala que, de no admitir la suspensión de la caducidad, hay que entender que el legitimado sólo puede ejercitar la acción civil cuando ha finalizado el proceso penal, momento que constituye su *dies a quo*].

Lo que, en cualquier caso no parece de recibo es que, apreciada la caducidad por el Tribunal Supremo, remita a la parte recurrente a promover la oportuna reclamación por el *funcionamiento anormal* de la Administración de Justicia pues, como señaló el primero de los votos particulares mencionados, ese reme-

dio supletorio no repara el perjuicio irrogado y “*nadie tiene por qué acudir a una terapia subsidiaria si antes la misma legalidad le permite postular una tutela de sus derechos plena e inmediata*”.

5.3. La acción ejercitable tras la reserva de las acciones civiles

La última aseveración que realiza el Tribunal Supremo declara que:

“5º Si hubiera mediado expresa reserva de acción civil para ejercitarla después de terminado el juicio criminal y éste hubiera terminado por sentencia condenatoria, con independencia de que haya transcurrido o no el plazo de cuatro años, la acción civil ejercitable por el perjudicado no es ya la fundada en la Ley Orgánica 1/1982, por más que sus criterios sean aplicables para fijar la indemnización (art. 1.2), sino la nacida del delito o falta declarada en la jurisdicción penal, esto es, la del artículo 1092 Cc que, en la mayoría de las ocasiones estará sujeta al plazo de prescripción de un año establecido en el artículo 1968.2º Cc para la acción de responsabilidad por injuria o calumnia”.

Esta afirmación ratifica la jurisprudencia contenida en las SSTS de 14 de julio y de 30 de diciembre de 2004, expuestas anteriormente.

La cuestión relativa a la naturaleza del plazo de la acción civil de la LO 1/1982 se torna más cuestionable cuando se trata de cohonestarla con este quinto criterio, pues si hay sentencia penal condenatoria y ha habido reserva de acciones civiles, el Tribunal Supremo dice que ya no es la acción de la LO 1/1982, sino la del Código civil, la acción ejercitable. ¿Por qué? No se justifica este cambio de naturaleza de la acción y menos aún si se atiende a la determinación de los plazos.

¿Cómo casa que el plazo de la acción civil para proteger el honor regulada en la LO 1/1982 sea de cuatro años de *caducidad* y que, sin embargo, si hubiera mediado expresa reserva de acción civil, la acción ejercitable no sea ya la de la Ley especial, sino la del artículo 1092 Cc, que remite al artículo 1968.2º Cc, cuyo plazo es de un año y además de *prescripción*?

Son dos, pues, los puntos dudosos. Primero, que la acción ejercitable no sea la de la LO 1/1982. Y, segundo, si se entiende que la acción, efectivamente, no es la de la LO 1/1982, sino la del Código civil, ¿por qué dura un año?

De hecho, ha sido puesta de relieve la ilógica disfunción que produce que el plazo de la responsabilidad civil derivada de los delitos de injuria y calumnia sea un año y de prescripción, según el art. 1968.2º Cc, frente a los cuatro años de caducidad de la LO 1/1982 [IGARTÚA ARREGUI, F. (1987) pp. 4568-4569]. Téngase, en cuenta, además, que de aplicarse al caso el Código civil catalán, ¿sería el plazo entonces trienal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 121-21 d)?

En nuestra opinión, parece que lo más correcto sería entender que, tras la sentencia penal condenatoria, se produce el fenómeno de la interversión de la prescripción (al que nos hemos referido previamente), en virtud del cual, el título de la acción no es ya el hecho dañoso, sino la sentencia penal firme condenatoria, por lo que, aplicando el artículo 1971 Cc (y no el artículo 1092 Cc), podría sostenerse que el plazo es quinquenal, por disposición del artículo 1964 Cc. Tal razonamiento vendría también sustentado en la consideración de que el artículo 1968.2º Cc, está pensado, en rigor, para la acción de responsabilidad civil pura y no *ex delicto*; plazo que hoy ha quedado eclipsado por el de la LO 1/1982. No tiene sentido que el Código civil regule el plazo de la acción derivada de los delitos de injurias y calumnias y no el de las demás acciones derivadas también de hechos delictivos. Por esto, cabe afirmar que el plazo de ejercicio de la acción civil *ex delicto* por injurias está también afectado por el fenómeno de la interversión; como sucede en los demás delitos cuando en la vía criminal se ejercita sólo la acción penal, con reserva de las acciones civiles.

Pero, la que, en todo caso, resulta particularmente llamativa es la consecuencia derivada de la consideración de que se ejercita una acción distinta y con distinto plazo. Para el Tribunal Supremo, si el perjudicado no se ha reservado la acción civil, el plazo es de caducidad, pues la acción está fundamentada en la LO 1/1982 y su cómputo comienza en el momento en que, tras la agresión ilegítima, el perjudicado pudo ejercitarla, contabilizándose el tiempo que dure el proceso penal. En cambio, si ha habido tal reserva, el plazo cambia de naturaleza (y de duración, claro) y es de prescripción, pues está fundado en el artículo 1968.2º Cc y comienza a computarse desde la firmeza de la sentencia penal condenatoria. Esta mutación de la naturaleza del plazo no es baladí, pues siendo ahora de prescripción está sometido a su régimen y, por tanto, es, como preceptúa el artículo 1973 Cc, susceptible de interrupción no sólo por la reclamación judicial, sino también por la reclamación extrajudicial y por el reconocimiento de deuda del ofensor, hechos que, sin embargo, cuando se trataba de caducidad resultaban totalmente inoperativos. Como se puede apreciar, todos los problemas planteados nacen de la primera afirmación jurisprudencial que sienta de forma indubitada que el ejercicio de la acción civil por atentado al honor está sujeto a caducidad.

Por esto, en nuestra opinión, hay bases suficientes para sostener que, tras la reserva de la acción civil en el juicio penal que finaliza con sentencia condenatoria, la acción ejercitable es la de la LO 1/1982. Si se entiende que ésta es la acción ejercitable, la duración de la acción es la fijada por dicha Ley (cuatro años) que la jurisprudencia declara ser de caducidad y que, en todo caso, hay que entender susceptible de suspensión. Explicación ésta que, por lo menos, no rompe la propia coherencia de la interpretación dada por el Tribunal Supremo, pues tanto la acción civil ejercitada tras el archivo de las actuaciones penales como la ejercitada tras la reserva de la acción civil en el proceso penal estarían fundadas en la misma Ley y tendrían un mismo plazo, con igual duración

y naturaleza. La única diferencia apreciable entre una y otra es que, mientras la primera es una acción que persigue, en primer lugar, la declaración de la intromisión ilegítima, la segunda no puede incluir tal pretensión, pues la misma ya ha sido resuelta en la vía penal, por lo que debería limitarse a la solicitud de aquella tutela reintegradora que no hubiera sido pedida en la vía penal (por ejemplo, la divulgación de la sentencia), y a la acción indemnizatoria por los daños padecidos.

6. La devolución de las actuaciones al Tribunal de apelación

Analizado y estimado el primer motivo del recurso de casación por el Tribunal Supremo, declara que no procede pronunciarse sobre el segundo, pues constituyen unas alegaciones del demandante para el caso de que, por estimarse el primer motivo, la Sala deba resolver sobre el fondo que es, en definitiva, si los hechos son constitutivos o no de una intromisión. Declara el Alto Tribunal que lo procedente es devolver las actuaciones al Tribunal de Apelación para que dicte nueva sentencia en la que, no pudiendo tener ya la acción civil por extinguida ni caducada, se pronuncie sobre las demás cuestiones planteadas en la instancia apelatoria. El Tribunal basa esta posibilidad de que se dicte una nueva sentencia en apelación en que la misma no aparece excluida en el texto del artículo 487.2 LEC, que para los recursos de casación de los números 1º y 2º del apartado 2 de su artículo 477 se limita a disponer que la sentencia del órgano de casación “*confirmará o casará, en todo o en parte, la sentencia recurrida*”; y también, como razón principal, en que otra solución distinta traería consigo que la casi totalidad del asunto quedara privada de la segunda instancia y que la Sala 1ª tuviera que proceder a una nueva valoración conjunta de la prueba (actuando como Tribunal sentenciador), mediante un procedimiento no adecuado a la revisión total de los problemas procesales y probatorios del litigio.

7. Bibliografía

- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil, I, Introducción y Parte General*, 17ª edic., Edisofer, Madrid, 2006.
- BODAS DAGA, M. E., *La defensa post mortem de los derechos de la personalidad*, Bosch, Barcelona, 2007.
- CARUSO FONTÁN, M. V., *El delito de calumnias y la protección del honor*, Difusión Jurídica, Madrid, 2008.
- CASAS VALLÉS, R., “Comentario a la STS de 20 de abril de 1991: Defensa del honor. Honor y procesos judiciales. Ámbito de aplicación de la LO 1/1982: Hechos anteriores (¿retroactividad?). Caducidad de la acción”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 26, 1991, pp. 481-498.

- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., “La interrupción de la prescripción extintiva por reclamación del acreedor en Derecho Comparado”, *La Ley*, 1986, núm. 4, pp. 1048-1059.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1976 (reimpresión de la edición de 1972).
- DE COSSÍO, M., *Derecho al honor. Técnicas de protección y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La prescripción extintiva en el Código civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 2ª edic., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol.1º, *Introducción, Derecho de la Persona, Autonomía Privada, Persona jurídica*, Tecnos, Madrid, 2005.
- GRIMALT SERVERA, P., *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Iustel, Madrid, 2007.
- HERRERO-TEJEDOR, F., *Honor, intimidad y propia imagen*, Colex, Madrid, 1990.
- IGARTÚA ARREGUI, F., “Comentario a la STS de 11 de abril de 1987: Derecho a la imagen: Utilización de fotografía para fines electorales. Indemnización del daño moral. Revisión del *quantum*”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 14, 1987, pp. 4561-4577.
- LACRUZ BERDEJO, J. L./SANCHO REBULLIDA, F./LUNA SERRANO, A./DELGADO ECHEVERRÍA, J./RIVERO HERNÁNDEZ, F./RAMS ALBESA, F., *Elementos de Derecho Civil*, I, *Parte General*, vol. 2º, *Personas*, 4ª edic., revisada y puesta al día por J. Delgado Echeverría, Dykinson, Madrid, 2004.
- *Elementos de Derecho Civil*, I, *Parte General*, vol. 3º, *Derecho subjetivo. Negocio jurídico*, 2ª edic., revisada y puesta al día por J. Delgado Echeverría, Dykinson, Madrid, 2000.
- LAMARCA I MARQUÉS, A., “Acción penal, remedios civiles y protección del derecho al honor: caducidad, incompatibilidad y opción de la víctima”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 19, 2005, pp. 93-163.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- LLAMAS POMBO, E., *Formas de reparación del daño*, “Ponencias sobre La responsabilidad civil y su valoración, IX Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Almería, Septiembre 2009”, coord. J. López y García de la Serrana y P. Torrecillas Jiménez, Sepín, Madrid, 2009, pp. 15-77.
- LÓPEZ DÍAZ, E., *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*, Dykinson, Madrid, 1996.
- LÓPEZ ORELLANA, M., *Normas procesales de protección de los derechos de la personalidad*, en “Veinticinco años de aplicación 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”, coord. por J. R. De Verda y Beamonde, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 321-340.

- PANTALEÓN PRIETO, F., “La Constitución, el honor y unos abrigos”, *Diario La Ley*, número 4033, 10 de mayo de 1996, pp. 1689-1695.
- REGLERO CAMPOS, L. F., *Comentario a los artículos 1961 al final del Código civil*, T. XXV de “Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales”, dir. por M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart, Edersa, Madrid, 1994.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., *La indemnización del daño derivado de intromisiones ilegítimas en el derecho al honor*, “Ponencias sobre La responsabilidad civil y su valoración, IX Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Almería, Septiembre 2009”, coord. J. López y García de la Serrana y P. Torrecillas Jiménez, Sepín, Madrid, 2009, pp. 83-158.
- ROYO JARA, J., *La protección del derecho a la propia imagen. Actores y personas de notoriedad pública. Según Ley de 5 de mayo de 1982*, Colex, Madrid, 1987.
- SALVADOR CODERCH, P. y CASTIÑEIRA PALOU, M. T., *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- SANTOS VIJANDE, J. M. y SERRANO HOYO, G., *La protección jurisdiccional, civil y penal, del honor, la intimidad y la propia imagen*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- VIDAL MARTÍNEZ, J., *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*, Montecorvo, Madrid, 1984.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., *Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad, propia imagen)*, Capítulo XXII del “Tratado de Responsabilidad Civil”, T. III, Parte Especial Segunda, coord. L. F. Reglero Campos, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 313-444.
- “La responsabilidad civil de los periodistas tras veinte años de aplicación de la Ley del derecho al honor y la intimidad”, *Revista de Responsabilidad Civil Circulación y Seguro*, 2ª parte, 2003 (mayo), pp. 244-263.
- “Enseñanzas del secuestro de la revista El Jueves para la responsabilidad civil. Apuntes a vuela pluma, recién cumplido un cuarto de siglo de la Ley del Honor”, *Revista de Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 27, 2003, pp. 9-22.
- “La ley del honor, veinte años después”, *La Ley*, 19 de julio de 2002, pp. 1-7.
- “Comentario a la Sentencia de 1 de abril de 1990: Prescripción de la acción de responsabilidad por daños cuando las diligencias penales concluyen con indulto. “Pretendida diferencia entre la acción aquiliana del artículo 1902 Cc y la acción civil derivada del delito del artículo 1902. Responsabilidad subsidiaria de las empresas”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 23, 1990, pp. 583-596.