

## «Acreditación del *fumus boni iuris* y prejuzgamiento en el proceso civil: el caso del secuestro judicial del libro *Fariña*»

Juan Carlos ORTIZ-PRADILLO  
Universidad Complutense de Madrid  
Profesor Titular de Derecho Procesal

Publicado en la obra colectiva *DERECHO PROBATORIO y otros estudios procesales. Liber amicorum Vicente Gimeno Sendra*, Madrid: Castillo de Luna ediciones jurídicas, 2020, pp. 1515-1529. ISBN: 978-84-945088-7-5.

SUMARIO: 1. CONTENIDO DEL FUMUS BONI IURIS. 1.2. FORMAS Y MEDIOS DE ACREDITACIÓN DEL FUMUS BONI IURIS. 2. EL RIESGO DE PREJUZGAMIENTO DEL OBJETO PRINCIPAL CON MOTIVO DE LA VALORACIÓN DEL FUMUS BONI IURIS. 2.1. EL «CASO FARIÑA».

La misión fundamental de las medidas cautelares consiste en otorgar una protección provisional de la efectividad del pronunciamiento en tanto en cuanto se desarrolla el proceso. De ahí que, si se pretende asegurar o anticipar provisionalmente determinados efectos de lo que se pretende como objeto del proceso, el primer requisito que debe concurrir para adoptar una medida cautelar es que aquello que se solicita en dicho proceso aparente ser cierto y tenga visos de ser estimado judicialmente.

La satisfacción jurídica pretendida con la demanda aspira a ser definitiva, irrevocable, mientras que la petición cautelar, aunque lo solicitado provisionalmente sea muy similar a lo reclamado en el proceso principal, pretende crear una situación interina de protección que evite que la futura resolución definitiva, para el caso de que resultase estimatoria, deviniera ineficaz. De ahí que esa tutela provisional sólo pueda concederse sobre lo que aparece como probable de ser posteriormente declarado en el pronunciamiento de la sentencia.

En conclusión, el primer requisito que ha de observar la petición de una medida cautelar es la creencia racional sobre la certeza de lo pretendido. Dicho en términos legales, el solicitante cautelar debe presentar todos aquellos datos y argumentos “que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión” (art. 728.2 LEC).

En sede cautelar, dada su celeridad y su carácter provisional, no puede exigirse una certeza plena respecto de lo alegado y pretendido por las partes, pues en tal caso no se procedería a la adopción de una medida cautelar, sino a la emisión de la propia sentencia. En este terreno, tal y como señalara CALAMANDREI, nos hallamos a medio camino entre la certeza y la hipótesis o incertidumbre<sup>1</sup>. Por ello, para la adopción de una medida cautelar se requieren unos presupuestos distintos de los exigidos para la emisión de una sentencia definitiva, pues no se trata ya de constatar la certeza de la realidad del derecho pretendido por la parte a fin de obtener una resolución que resuelva definitivamente el litigio, sino de acreditar indiciariamente la existencia de tal derecho, con el fin de garantizar provisionalmente la efectividad de aquella resolución definitiva.

## **1. CONTENIDO DEL *FUMUS BONI IURIS***

El análisis acerca de la necesaria apariencia favorable de aquello que se pretende proteger debe examinarse desde dos perspectivas.

Desde un punto de vista subjetivo, el solicitante cautelar deberá acreditar de manera suficiente su aparente legitimación poder obtener una resolución cautelar favorable, así como la legitimación pasiva respecto de quien deberá soportar los efectos provisorios de la medida solicitada, pues no resulta posible solicitar medidas cautelares sobre sujetos que no están llamados a responder de la pretensión principal, en cualquiera

---

<sup>1</sup> CALAMANDREI, P. (1936). *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: ed. Cedam, pp. 63 y ss. En su obra *Estudios sobre el Proceso Civil*, (1973) Buenos Aires: ed. EJEJA (trad. de S. SENTIS MELENDO), p. 318, advertía que “todo el sistema probatorio civil está preordenado, no sólo a consentir, sino directamente a imponer al juez que se contente, al juzgar acerca de los hechos, con el subrogado de la verdad que es la verosimilitud”, lo cual le conducía a afirmar el axioma germánico *Aller Beweis ist richtig verstanden nur Wahrscheinlichkeitbeweis* (todo juicio de verdad es ciertamente reducido a un juicio de verosimilitud).

de sus formas. Es decir, la obtención de la tutela cautelar requiere también la justificación preliminar de la apariencia de la legitimación<sup>2</sup>.

Desde un punto de vista objetivo, centrados ya en lo que será sometido a examen judicial para obtener la tutela cautelar pretendida, debe diferenciarse entre aquello que será objeto de examen, por un lado, y el grado de verosimilitud o apariencia jurídica favorable que se exigirá para obtener una respuesta positiva. Al igual que en el ámbito probatorio se diferencia entre el objeto de la prueba y el valor de la prueba, en el terreno cautelar debemos distinguir entre lo que constituye la «situación jurídica cautelable» en relación con la pretensión del proceso principal y para cuya tutela cautelar se establece la medida, y de otra parte, el *fumus boni iuris* o grado de demostración de esa situación jurídica necesario y suficiente para que el juez pueda conceder la medida cautelar<sup>3</sup>.

Ese grado exigible ha sido objeto de múltiples calificativos y denominaciones por parte de la doctrina<sup>4</sup>. Con independencia de que se prefiera hablar de “apariencia”, “verosimilitud” o “probabilidad”, lo cierto es que el juicio hipotético sobre el que se basará la resolución judicial otorgante de la tutela cautelar pretendida tendrá un grado de convicción distinto y menor al que se requiere para el dictado de la sentencia. Y es ahí donde radica la complejidad de esta materia: delimitar cuál debe ser el grado exigible para que se adopte una medida cautelar que proteja provisionalmente un concreto bien o derecho, así como proceder a su cuantificación y diferenciación cualitativa con respecto a lo que deberá ser objeto de prueba en el proceso principal, y todo ello “sin prejuzgar el fondo del asunto”. Y ello porque la LEC utiliza términos como “justificar” (art. 728 LEC) y “acreditar” (art. 735 LEC), pero igualmente se remite a los *medios de prueba* (art. 728.2 LEC) para ello y especifica que en la vista para resolver la pretensión cautelar, actor y demandado podrán exponer lo que convenga a su derecho *sirviéndose de cuantas pruebas dispongan* (art. 734.2 LEC).

---

<sup>2</sup> ORTELLS RAMOS, M. (1995). “El proceso cautelar civil. (una aportación a su teoría general)”, en VV.AA.: *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 2709.

<sup>3</sup> ORTELLS RAMOS, M. / CALDERÓN CUADRADO, M. P. (1996). *La tutela judicial cautelar en el derecho español*. Granada: Comares, p. 13.

<sup>4</sup> A propósito de la discusión doctrinal sobre la terminología y sus implicaciones, vid. ORTIZ-PRADILLO, J. C. (2019). *La tutela cautelar en el proceso civil*. Madrid: Wolters Kluwer, pp. 110-111.

## 1.2. FORMAS Y MEDIOS DE ACREDITACIÓN DEL *FUMUS BONI IURIS*

La forma genérica de acreditación será la desprendida de las afirmaciones de las partes —principalmente de forma documental, según indica la LEC—, con su correspondiente justificación mediante la actividad probatoria indiciaria que se practicará en la vista articulada, con carácter general, en el art. 734 LEC, y tales acreditaciones serán valoradas en términos de verosimilitud<sup>5</sup> por parte del órgano judicial conforme a las máximas de la experiencia<sup>6</sup>. Ello por cuanto la actividad que debe realizar la parte solicitante de la medida no es la «prueba» del *fumus*, sino su acreditación o justificación.

Para la acreditación de la apariencia jurídica de su derecho, el solicitante cautelar puede servirse de los medios de prueba establecidos para la fase probatoria del proceso principal (arts. 299 y ss. LEC). Esto es, los medios de acreditación del *fumus boni iuris* son los establecidos como medios de prueba en el proceso principal<sup>7</sup>. Y así, la Ley permite al solicitante de la medida cautelar no sólo acompañar a la solicitud aquellos documentos de los que se siga el acreditamiento de los presupuestos de la medida solicitada, sino también ofrecer la práctica de otros medios para la acreditación de tales requisitos (art. 732.2 LEC).

La LEC establece como medios de acreditación los *datos, argumentos, justificaciones documentales u otros medios* (art. 728.2 LEC). Dicha locución engloba no sólo al tradicional principio de prueba por escrito exigido por el antiguo art. 1428 LECA, que incluiría, por ejemplo, dictámenes periciales, el empleo de medios de reproducción de la palabra, sonido y la imagen, o los instrumentos que permiten archivar y conocer o

---

<sup>5</sup> ORTELLS RAMOS, M. / CALDERÓN CUADRADO, M. P. (1996). *La tutela judicial cautelar...*, op. cit., p. 99.

<sup>6</sup> CALAMANDREI (*Estudios sobre el Proceso Civil*, op. cit., pp. 322 y ss.) especifica que el juicio de verosimilitud que ha de realizar el juez debe fundarse en las “máximas de la experiencia”, según advertía STEIN (*Das private Wissen des Richters*, Leipzig, 1983).

<sup>7</sup> Como especialidad, PÉREZ DAUDÍ, V. (1996). Las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial. Barcelona: Bosch, p. 119, advierte que “la urgencia que se requiere para que la medida cautelar no devenga inefectiva ocasiona que no se puedan practicar aquellos medios de prueba que retrasarían la adopción de la decisión”, y añade que “sólo se podrán practicar aquellos medios de prueba que puedan realizarse en un plazo inferior al de 20 días improrrogables establecido en el art. 135.3 LP”. Respecto a las reglas que rigen la carga de la prueba, en la doctrina alemana se reconoce que en el proceso cautelar rigen las reglas de la carga de la prueba que rigen en el proceso principal (vid. PLASSMANN, N. (1966). “Wettbewerbsbeschränkungen im Rechtsstreit”, NJW, p. 953). En sentido opuesto, vid. PEREZ DAUDÍ, V. (1999). “La inversión de la carga de la prueba en las medidas cautelares del proceso de la propiedad industrial”, *RJC*, nº2, pp. 521-526.

reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas contables (art. 299.2 LEC), así como los informes o investigaciones requeridos u ordenadas por el órgano judicial a petición del solicitante a los que se refiere el art. 732.2.II LEC. También constituyen medios de acreditación del *fumus* el interrogatorio de las partes y testigos, o la posibilidad de que el solicitante de la medida cautelar requiera del reconocimiento judicial. Ello se fundamenta en que la Ley permite a las partes valerse, durante la vista para la adopción de las medidas cautelares, de cuantas pruebas dispongan “en razón de los presupuestos de las medidas cautelares” (art. 734.2 LEC).

La interpretación amplia de los términos “datos, argumentos, justificaciones documentales u otros medios” recogidos en el art. 728.2 LEC adquiere una importancia sobresaliente en determinados ámbitos, como por ejemplo, en el sector de los secretos empresariales, competencia desleal, patentes y marcas, pues en tales esferas la apariencia verosímil del derecho o interés pretendido por el solicitante de la medida cautelar puede ser acreditada de formas muy diversas y la acreditación documental del *fumus boni iuris* puede presentar una tipología sumamente variada: la exhibición de contratos mercantiles, albaranes y pagarés no atendidos a su vencimiento<sup>8</sup>, los informes de una auditoría de cuentas<sup>9</sup>, asientos contables y registrales (por ejemplo, los libros de contabilidad), folletos publicitarios, fotografías, películas, dibujos, partituras musicales, así como también certificaciones de los respectivos Registros<sup>10</sup>. Por otro lado, es posible y frecuente, además, que diversos extremos requieran de un medio de acreditación diferente al documental. La demostración indiciaria de situaciones tales como la pérdida de la posición de dominio en el mercado por actos de competencia desleal, la pérdida o el desvío de la clientela, los perjuicios derivados de la publicidad ilícita —en todas sus

---

<sup>8</sup> AAP Córdoba, secc. 2ª, núm. 5/2003, de 27 de enero, F. J. 1º.

<sup>9</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J. (2000). *Nueva Ley de enjuiciamiento civil. jurisprudencia aplicable y legislación complementaria*. Barcelona: Bosch, 2ª edic., p. 1195) cita la SAT Pamplona de 1 de junio de 1987, la cual declaró que “la auditoría en que se basa la petición de embargo preventivo no puede ser considerada, a los efectos del art. 1400.1 LEC, como un documento en sentido amplio o lato (...) y sería, a lo sumo, un mero dictamen pericial y simplemente presuntivo de la existencia de la deuda, conjugable con otros medios en el proceso principal, pero nunca sería adecuada para justificar un embargo preventivo”.

<sup>10</sup> MORENO CATENA, V. (1989). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (Dir. R. Bercovitz). Madrid: Tecnos, p. 1713) entiende que la «justificación documental» tendría como contenido un “impreso, fotografía, dibujo o grabado, película, partitura musical, un documento público (acta notarial) o privado, incluso reproducción de manifestaciones de testigos”. Por su parte, PÉREZ DAUDÍ (*Las medidas cautelares en el proceso...*, op. cit., p. 123); MUÑOZ-DELGADO Y MÉRIDA, J. (1997). “Medidas cautelares en materia de propiedad industrial”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, vol. XVII, p. 71) y ALCAIDE DÍAZ-LLANOS, J. (2003). *La protección jurisdiccional de la marca*, Madrid: Colex, p. 229) citan el Certificado oficial de la OEPM.

modalidades—, la revelación de secretos de empresa, el riesgo de confusión o asociación de marcas entre sí, o éstas con nombres de dominio de segundo nivel, etc., puede necesitar de la valoración de diversas circunstancias no reconducibles a simples documentos<sup>11</sup>. Así por ejemplo, en aquellas solicitudes cautelares referidas a procesos en los que se cuestiona el alcance de la protección de los derechos en exclusiva que concede la inscripción en el Registro correspondiente, podría utilizarse como criterio de valoración de la apariencia jurídica favorable el principio de prioridad registral, si bien el uso de dicho criterio dependerá del derecho objeto del litigio<sup>12</sup>.

Por otra parte, si se solicita la suspensión cautelar de un acuerdo societario judicialmente impugnado por considerar que contradice la legalidad vigente, la apariencia de ilegalidad de dicho acuerdo —de cara a la declaración de nulidad o anulación pretendidas en el proceso principal— no será acreditada “cumplidamente” con la simple aportación documental del acta levantada tras la celebración de la Junta que adoptó dicho acuerdo, sino que será necesario acudir a la valoración de otros extremos fundamentados en la pretensión cautelar.

Por citar otro ejemplo, si se trata de justificar *prima facie* la realización o el temor fundado de la realización de actos concurrenciales de competencia desleal, la valoración del órgano jurisdiccional debe recaer además sobre aspectos tales como si dicho acto es o no concurrencial, o si está protegido por otra norma del Ordenamiento jurídico<sup>13</sup>. Además, dentro de dicha valoración o juicio sobre la hipotética verosimilitud de la pretensión del solicitante de la medida cautelar, el órgano decisor ha de analizar no sólo

---

<sup>11</sup> RODRÍGUEZ SAN VICENTE, M. M. (1997). “Medidas cautelares en competencia desleal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, vol. 17, p. 333) descarta que en el ámbito de la Competencia desleal, la acreditación del *fumus* no requiere prueba documental. MASSAGUER FUENTES, J. (1992). “Las medidas cautelares en la ley de competencia desleal”, *RDM*, nº206, p. 741, señala que “a diferencia de los casos de la LEC, la pretensión no emana de la titularidad de un derecho subjetivo del solicitante, sino de la comisión o inminencia de la comisión por parte del demandado de un comportamiento al que normativamente se atribuye la calificación de ilícito concurrencial. De la naturaleza de la acción de competencia desleal se sigue la improcedencia de trasladar a esta sede el principio de prueba por escrito: el *fumus boni iuris* del solicitante deriva del acto de competencia desleal, del supuesto de hecho que desencadena la reacción del ordenamiento, sin que haya argumentos para exigir que su prueba deba ser documental”.

<sup>12</sup> GALÁN CORONA, E. (1992). “Las medidas cautelares en el procedimiento de nulidad de marcas (Comentario a los Autos del Juzgado de Primera Instancia nº9 de Barcelona, de 10 de junio de 1991 y de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 18 de noviembre de 1991”, *RGD*, nº570, p. 1838 considera aplicable este criterio de prioridad registral sólo en materia de Patentes y no de Marcas.

<sup>13</sup> MARTINEZ ARESO, A. M. (1991). “Las medidas cautelares del art. 25 de la Ley de Competencia Desleal: Breve exégesis del precepto con especial referencia a la valoración judicial de la concurrencia del requisito de “*fumus boni iuris*” en el instante de la misma”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, p. 455.

la acreditación del *fumus boni iuris* por parte del instante de la medida, sino también la no “desvirtuación” de ese *fumus* por las excepciones expuestas por el demandado<sup>14</sup>.

Y en la misma dirección, cuando el art. 22 de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales señala, como presupuestos para la adopción de las medidas cautelares solicitadas, que “el tribunal habrá de examinar especialmente (...) el comportamiento de la parte contraria en su obtención, utilización o revelación”, parece evidente deducir que la acreditación de dicho comportamiento no tendrá una base documental.

Por lo tanto, y más si cabe en ciertos sectores mercantiles, la acreditación del *fumus boni iuris* no depende exclusivamente de los documentos aportados.

## **2. EL RIESGO DE PREJUZGAMIENTO DEL OBJETO PRINCIPAL CON MOTIVO DE LA VALORACIÓN DEL *FUMUS BONI IURIS***

La LEC, al igual que otros ordenamientos similares a nuestra tradición jurídica<sup>15</sup>, trata de diferenciar entre «probar» —cuando se refiere a los hechos en los que se fundamenta la pretensión principal— y «acreditar» —cuando se refiere a los fundamentos de los presupuestos cautelares (en concreto, del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*)—, precisamente para diferenciar ambos grados de convencimiento exigibles. Pero, a pesar de dicha diferenciación teórica, la realidad muestra la complejidad de no caer en un examen, aunque ciertamente indiciario (o mejor dicho, no plenario) de los hechos en los que residen los argumentos jurídicos aplicables al fondo del litigio.

---

<sup>14</sup> En el supuesto de solicitud de medidas cautelares ante la infracción de un Derecho de utilización o explotación en exclusiva de una marca o patente, MUÑOZ-DELGADO Y MÉRIDA (“Medidas cautelares...”, op. cit., pp. 71 y ss.) señala como posibles excepciones, la falta de validez o de vigencia del título de propiedad industrial esgrimido por el peticionario de la medida, la reivindicabilidad del título de propiedad por el propio demandado, la inexistencia de la infracción, la concurrencia de alguno de los límites al ejercicio de exclusión o “*ius excluendi alios*” previstos en las Leyes especiales, el agotamiento del derecho conferido por el Registro, la existencia de un derecho de explotación anterior o derecho de preuso a favor del demandado, o la prescripción extintiva de las acciones civiles derivadas de la violación del respectivo derecho.

<sup>15</sup> Como ejemplo, en el proceso civil alemán también existe una minoración de la intensidad de la prueba exigible en el terreno cautelar, de manera que el solicitante puede justificar de forma más ligera y rápida una «acreditación» (*Glaubhaftmachung*) de su pretensión, que una «prueba plena» (*Vollbeweis*). Sobre esta minoración, vid. PRÜTTING, H. (1983). *Gegenwartsprobleme des Beweislast*, München: C. H. Beck, pp. 59-65.

El hecho de que el órgano jurisdiccional lleve a cabo un examen indiciario, provisional, no impide, *a priori*, que su decisión se fundamente jurídicamente en aspectos que constituyen, necesariamente, el *thema decidendi* sobre el que gravitará la prueba en el proceso principal. Y ello no es contradictorio con la afirmación de que la resolución cautelar no produzca los efectos de cosa juzgada, tal y como se ha manifestado explícitamente la jurisprudencia<sup>16</sup>. Una cosa es que la resolución cautelar sea modificable si posteriormente se constata un cambio significativo de los hechos y circunstancias considerados en el momento de la resolución, así como también cuando apareciesen nuevos hechos y circunstancias respecto de los existentes hasta dicho momento, o cuando se tuviera conocimiento de hechos y las circunstancias ya existentes pero imposibles de haber sido alegados y acreditados en el momento en que se resolvió la solicitud cautelar. Y otra distinta es el que, por más que se explicita el juicio provisional e indiciario sobre el fundamento de la pretensión contenida en la demanda no prejuzgará ni condicionará la sentencia que en su día pueda dictarse sobre el fondo del litigio, ello no suceda en la práctica.

Ese riesgo de prejuzgamiento se acrecienta, si cabe, respecto de aquéllas medidas cautelares que supongan “órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso” (art. 726.2 LEC), lo cual se ha calificado por algún sector como “homogeneidad”, pero en ningún caso identidad con las concretas medidas ejecutivas<sup>17</sup>, mientras que otros sí que admiten la posibilidad de que la pretensión cautelar llegue a coincidir con la pretensión principal —sobre todo en aquellos asuntos en donde lo reclamado en el proceso principal sea, por ejemplo, la cesación o prohibición de una conducta<sup>18</sup>—, dando lugar a la anticipación provisional de alguno o todos los efectos de dicha sentencia<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> vid. ORTIZ-PRADILLO, J. C. (2019). *La tutela cautelar en el proceso civil...*, op. cit., p. 34.

<sup>17</sup> CARRERAS LLANSANA, J. (1962). “Las medidas cautelares del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona: Bosch, pp. 567 y ss.

<sup>18</sup> En los AAP Madrid, secc. 28ª, núm. 129/2007, de 29 de mayo se especifica que «tales medidas garantizan la efectividad del derecho accionado, no tanto porque faciliten que en su día pueda ejecutarse el fallo de la sentencia que haya de dictarse, sino porque evitan que se prolongue en el tiempo una situación que, "prima facie", se presenta como antijurídica, y que por tanto se agrave el daño que se está causando al actor, facilitando que la ejecución de la sentencia tenga el efecto tutelador de sus derechos perseguido por el demandante. Es posible, por lo tanto, adoptar medidas que aseguren la ejecución de la resolución, como también las que tienden a conservar el objeto o incluso a anticipar el fallo, tal como se deduce del artículo 726 de la LEC (en este sentido, vid. AAP Barcelona, secc. 15ª, de 30 de septiembre de 2005 y de 22 de febrero de 2007)».

<sup>19</sup> Vid. AAP Madrid, secc. 18ª, de 5 de mayo de 2000 (Rec. núm. 959/1999), según el cual “no puede en forma alguna desconectarse lo que se suplica como principal de aquello que cautelarmente se quiere

En tales supuestos de homogeneidad o identidad respecto de lo que se pretende en el proceso principal, el riesgo de que el órgano jurisdiccional lleve a cabo una valoración, indiciaria pero idéntica, de lo que será objeto de decisión en el proceso principal, es real. De ahí que se haya advertido que, más que hablar de que el órgano judicial debe resolver la petición cautelar «sin prejuzgar» la decisión sobre la que versa la reclamación principal, lo que debe evitarse es que la decisión sobre las medidas cautelares «predetermine el sentido del fallo<sup>20</sup>».

## 2.1. EL «CASO FARIÑA»

En el seno de un proceso civil para la protección del derecho al honor iniciado por don José Alfredo Bea Gonzar, ex alcalde de O Grove, contra el periodista Ignacio Carretero —autor del libro *Fariña*— y la editorial Libros del K.O., el demandante instó como medidas cautelares el secuestro de la publicación del libro, así como la prohibición de impresión y comercialización de nuevos ejemplares, hasta tanto no se rectificara el contenido a su juicio calumnioso de dicho libro en lo que se refería a su persona, así como la paralización de la emisión pública de la serie de televisión basada en dicho libro que estaban produciendo Atresmedia y Bambú Producciones.

El Juzgado de Primera Instancia concedió parcialmente la petición cautelar y acordó el secuestro cautelar de la publicación, así como la prohibición de la impresión y

---

proteger, en el bien entendido de que no es preciso que sea exactamente lo mismo pero sí que tenga igual finalidad cierta y no meramente similar o «proyectada» de modo reflejo”. En contra, vid. el Auto núm. 156/2005, de 29 de junio, de esa misma Sección que rechazó la medida cautelar consistente en dejar pasar a la vivienda ocupada por la demandada a los operarios de la propiedad del piso que ocupaba como inquilina a los fines de que por los mismos se procediera a la reparación de la cocina conforme al presupuesto presentado, debido a que “las medidas que se piden no tienen como objetivo garantizar la sentencia que se dicte en su día, sino sustituir la misma por la adopción de la medida con lo cual el proceso quedaría vacío”. En la doctrina, la identidad o anticipación de todos los efectos de la resolución final ha sido defendida por RAMOS MÉNDEZ, F. (1985). “Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil”, *Justicia*, nºI, p. 76, PEDRAZ PENALVA, E. (2000) “La tutela cautelar en la ley de enjuiciamiento civil”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, pp. 60 y ss., y PÉREZ DAUDÍ, V. (2000). “Las medidas cautelares”, en VV.AA., *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*. Vol. III. (Coord.: J. Alonso-Cuevillas Sayrol), Barcelona: ed. Difusión Jurídica, p. 569.

<sup>20</sup> PÉREZ GAIPO, J. (2018). *El debido proceso cautelar: nuevas tendencias en la tutela cautelar*. Madrid: Civitas Thomson Reuters, p. 91. En su opinión, “aunque el art. 728.2 LECiv/2000 no requiere de la plena prueba del derecho, pues señala que este primer juicio provisional no debe prejuzgar el sentido del fallo, inevitablemente, se produce un primer juicio, un primer contacto del órgano judicial con el fondo del asunto que le lleva a ponderar la verosimilitud de la pretensión de la parte actora, produciéndose un prejuzgamiento respecto de la decisión definitiva del asunto. La idea que defendemos es que ese prejuzgamiento va a existir, pero ha de realizarse de forma tan superficial que no condicione el posterior sentido del fallo”.

comercialización de nuevos ejemplares de dicho libro<sup>21</sup>. En su fundamentación, el Juzgado entiende acreditado el *fumus boni iuris* del solicitante cautelar porque el análisis de los documentos y datos aportados por la parte demandante «otorga base suficiente para efectuar un juicio razonable, sin prejuzgar el fondo del asunto, favorable a la pretensión», a lo que añade que, en lo que respecta a dicho juicio indiciario «no debe equipararse a un prejuicio del asunto, como explícitamente señala el art. 728.2 LEC».

En realidad, más allá de reproducir el tenor literal de la LEC en lo que respecta al cumplimiento del presupuesto cautelar, el Juzgado de Primera Instancia apenas señala los elementos fácticos por los cuales estima concurrente dicho juicio provisional e indiciario favorable al solicitante cautelar —alude a “los párrafos concretos del libro en donde se alude a la intervención del actor en un presunto tráfico de drogas, las imprecisiones alegadas por el actor en relación al texto, la publicidad del libro, etc”—. Esto es, entiende concurrente el *fumus boni iuris* pero no explicita suficientemente (“cumplidamente” diríamos si se tratase de una de las partes procesales) los motivos por los que entiende que indiciariamente exista una probabilidad cualificada de que se le vaya a estimar en un futuro la pretensión declarativa de vulneración del derecho al honor. Como bien señala ARMENGOT VILAPLANA<sup>22</sup>, del Auto de referencia no se extraen qué pasajes de la novela pueden ser atentatorios del derecho al honor del demandante, ni se exteriorizan las valoraciones del órgano *a quo* respecto a la veracidad o no de tales afirmaciones.

Recurrida dicha resolución cautelar en apelación, la Audiencia Provincial de Madrid estimó dicho recurso y dejó sin efecto el secuestro judicial de la obra, así como la prohibición de su venta y reproducción, con expresa imposición a la parte solicitante de las costas procesales causadas en primera instancia, sin realizar especial declaración respecto de las devengadas en apelación<sup>23</sup>.

El «caso Fariña» es paradigmático de la problemática analizada en el presente trabajo. En primera instancia, encontramos una escueta decisión del órgano *a quo* sobre la concurrencia de la apariencia de buen derecho de la posición actora en la que apenas se explican los argumentos por los que se entiende probable que su pretensión principal

---

<sup>21</sup> Auto núm. 41/2018, de 14 de febrero, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 7 de Collado Villalba. Pieza de Medidas Cautelares 669/2017. Un análisis de dicho auto lo lleva a cabo ARMENGOT VILAPLANA, A. (2018). “El secuestro cautelar del libro «Fariña». ¿Una medida cautelar que altera una situación consentida durante largo tiempo por el solicitante?”, *Actualidad Civil* n.º 6, junio 2018, pp. 1-12.

<sup>22</sup> ARMENGOT VILAPLANA, A. (2018). “El secuestro cautelar del libro «Fariña»...”, op. cit., p. 4.

<sup>23</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 20ª, de 13 de junio de 2018.

(la declaración de vulneración de su derecho al honor y la reparación del mismo) de ser posteriormente declarado en el pronunciamiento de la sentencia. Y en segunda instancia, por el contrario, la resolución de la Audiencia Provincial entra de lleno a examinar, aunque reitere que lo lleva a cabo de manera indiciaria, la acción principal de protección al honor de conformidad con los criterios que la jurisprudencia ha fijado reiteradamente como los parámetros de ponderación entre el derecho fundamental a la libertad de información (art. 20.1.d CE) y el derecho fundamental al honor (art. 18 CE), tales como la doctrina del reportaje neutral, la notoriedad de los hechos publicados, la consideración o no de personaje público del sujeto sobre el que se difundió públicamente la información, la veracidad de la misma, así como la concurrencia de interés público sobre la noticia objeto de publicación en la obra. Es decir, lleva a cabo un claro prejuizgamiento de la decisión de fondo.

En efecto, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han sentenciado que, cuando entran en conflicto los derechos fundamentales anteriormente mencionados, dicho conflicto ha de resolverse mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (SSTS 1089/2008 , de 12 de noviembre; 849/2008, de 19 de septiembre; 65/2009, de 5 de febrero; 111/2009, de 19 de febrero; 507/2009, de 6 de julio; 427/2009, de 4 de junio; 800/2010, de 22 de noviembre; 17/2011, de 1 de febrero). Y para acometer dicha ponderación, ésta debe tener en cuenta si la información o la crítica tiene relevancia pública o interés general o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública (STC 68/2008; y SSTS 982/2000, de 25 de octubre, 241/2003, de 14 de marzo, 862/2004, de 19 de julio, 507/2009, de 6 de julio). A ello se suma la consideración de que la libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, cuando comporta la transmisión de noticias que redundan en descrédito de la persona, para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones y no se presta a una demostración de exactitud (STC 50/2010 de 4 de octubre), entendiéndose por veracidad el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, puede más adelante ser desmentida o no resultar confirmada (SSTC 139/2007, 29/2009, de 26 de enero). Y en tercer lugar, se ha

advertido que la transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado, porque, como viene reiterando el TC, la CE no reconoce un hipotético derecho al insulto (SSTC 112/2000, 99/2002, 181/2006, 9/2007, 39/2007, 56/2008; y SSTS 100/2009, de 18 de febrero, 456/2009, de 17 de junio).

La resolución de la Audiencia Provincial de Madrid, a la hora de examinar la concurrencia del *fumus boni iuris* de la pretensión actora, utiliza esos mismos parámetros. Es decir, no sólo examina en sede cautelar lo mismo que será objeto de prueba y valoración en el proceso principal —posible vulneración del derecho fundamental al honor—, sino que lo hace utilizando los mismos parámetros o criterios de ponderación. De ahí que deba cuestionarse si dicho examen permite inferir que se ha prejuzgado el fallo.

En primer lugar, la Audiencia se marca como objetivo de valoración discernir si las reseñas relativas al actor en el libro objeto de secuestro cautelar “integran – indiciariamente- un conjunto de datos absolutamente falsos como se califica por el solicitante cautelar, vertidos con el único propósito de denigrar al demandante, o se encuentran amparados por el ámbito propio de la libertad de información”. A continuación, y a diferencia de lo que no hizo el Juzgado de Primera Instancia, examina el contenido de esos párrafos que el libro secuestrado dedicaba al demandante cautelar y sobre ellos aplica esos criterios de ponderación anteriormente mencionados.

Respecto a la existencia de interés público, entiende que “el interés público de la referencia al demandante deriva del dato fáctico incontrovertido de su actividad política desempeñada en la época a la que se circunscriben los hechos”, y añade que el hecho de su detención “fue ampliamente propagado por la prensa nacional, evidenciado a través de los extractos periodísticos”.

Y respecto a la veracidad o no de la información transmitida, la Audiencia Provincial declara que “hemos de considerar, en juicio provisorio, que la citada reseña resulta relevante a los fines pretendidos por la obra y ofrece una narración fidedigna y objetiva, resultado de una diligente comprobación de lo realmente acaecido, no sólo conforme a lo reflejado con amplitud en los medios de comunicación escrita antes identificados, sino que aparece también refrendada por el relato fáctico de la resolución

judicial que, en definitiva, exonera de responsabilidad al demandante, pero que en modo alguno anula la ocurrencia de los hechos en la forma narrada.

Similares valoraciones expone la Audiencia con respecto al segundo de los párrafos del libro en el que se menciona al demandante cautelar. De ahí que la conclusión a la que llega no pueda ser más ilustrativa de ese prejuzgamiento al que nos estamos refiriendo. Según la Audiencia, “cabe inferir, en juicio provisorio y *sin prejuzgar la decisión que haya de recaer en el proceso ordinario*, que no han sido traspasados los límites del derecho a la información, ejercido en cuanto a las menciones examinadas con ponderada objetividad, sin apreciar un matiz especialmente denigrante o infamante, y confirmadas mediante una desvelada labor de indagación en resoluciones judiciales y en el contenido de la prensa escrita, que resultan por ello fiables y veraces”. La Audiencia Provincial, a fortiori, advierte que “no ha quedado justificada *prima facie* la falsedad en el relato que el solicitante de medidas cautelares atribuye a los apartados de la obra a que la presente apelación se contrae, no concurriendo por ello el principio de prueba bastante para formar –siempre de manera provisorio- la convicción judicial sobre la existencia de la vulneración al honor que integra el *fumus boni iuris* (...), adquiriendo primacía en este contexto el derecho a la libre información de hechos históricos, veraces y objetivos, sobre el derecho al honor del solicitante”.

En el proceso penal, es conocida la jurisprudencia que advierte que el simple hecho de adoptar una medida cautelar —en concreto, la privación provisional de libertad— no conduce, de forma inevitable, a negar la imparcialidad del órgano judicial que luego ha de asumir la función decisoria, de modo que el derecho a un Juez imparcial no se ve quebrado por el hecho de que, con anterioridad al juicio oral, el órgano decisorio haya resuelto un recurso de apelación relacionado con la limitación de libertad impuesta con carácter cautelar a alguno de los acusados.

Pues bien, si tuviéramos que valorar la actividad desplegada por la Audiencia Provincial de Madrid en el «caso Fariña» desde la terminología que se emplea en el orden penal, sí cabría defender que la decisión de la Audiencia en materia cautelar comprometió su imparcialidad objetiva. Aun cuando afirme que tales juicios se llevan a cabo de manera provisorio o sin prejuzgar el fondo del asunto, tales afirmaciones no son más que advertencias para incidir en el carácter provisional y revisable de la solución ofrecida cautelarmente. Lo cierto es que la solución ofrecida por el órgano *ad quem* en este asunto cautelar encajaría, de pleno, en esa consideración de prejuzgamiento de la pretensión

sobre el fondo del asunto, pues además de que el objeto de valoración en sede cautelar es idéntico a lo que constituirá el objeto de la pretensión principal, la Audiencia se pronuncia sobre los mismos parámetros sobre los que versará el juicio sobre el fondo de la cuestión (notoriedad pública del sujeto, veracidad de la información, interés público de la información,...) en unos términos que permiten deducir cuál será el sentido del fallo, en el caso de que el asunto principal llegara en apelación a su conocimiento.

En efecto, la Audiencia afirma que se trata de un personaje público, que existía interés público en la difusión de la información, y que ésta ofrece una narración fidedigna y objetiva, resultado de una diligente comprobación de lo realmente acaecido. Con tales argumentos, seguramente a ningún lector le quedaría la duda de que la pretensión principal, para el caso de que hubiera sido estimada en primera instancia, sería muy probablemente revocada en apelación, a la vista de las consideraciones vertidas en el incidente cautelar. Y en efecto, frente a la sentencia desestimatoria del Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provincial de Madrid confirmó en apelación, en septiembre de 2019, dicha desestimación de la pretensión de vulneración del derecho fundamental al honor del demandante porque “concurren todos los elementos exigidos por la jurisprudencia para reconocer la prevalencia del derecho a la libertad de información frente al honor del apelante, y en este último caso también por la libertad de expresión, sin que encuentre este Tribunal desvirtuada la anterior conclusión por los argumentos del recurso que por ello debe ser desestimado”.

Por todo ello, cabe concluir que la valoración del *fumus boni iuris* por parte de la Audiencia Provincial de Madrid, a la hora de pronunciarse sobre las medidas cautelares previamente acordadas por el órgano *a quo*, sí que constituyó un prejuizgamiento de la cuestión principal en tal grado que dicho tribunal quedó condicionado, afectándose con ello la garantía constitucional del derecho a un juez imparcial reconocida en el art. 24 CE.