

Dictamen sobre la estimación de la indemnización de daños y perjuicios dispuesta por el Juez Décimo Quinto de Garantías Penales del Guayas el 20 de julio de 2011, dentro del juicio penal por injurias calumniosas seguido por el Economista Rafael Correa Delgado, en contra de Emilio Palacio Urrutia, Carlos Pérez Barriga, César Pérez Barriga, Nicolás Pérez Lapentti y de la compañía anónima “El Universo”, sentencia condenatoria que fuera confirmada por la Segunda Sala de lo Penal, Co-lusorios y Tránsito de la Corte Provincial del Guayas, el 22 de septiembre de 2011.

En cumplimiento del encargo solicitado por los directivos del Diario EL UNIVERSO, he preparado el siguiente dictamen acerca de la legalidad y razonabilidad de la indemnización de daños y perjuicios establecida por un Juez de lo Penal de Guayaquil y ratificada por el tribunal de instancia, dentro de la querella penal por injurias calumniosas seguida por el Economista Rafael Correa Delgado, Presidente de la República del Ecuador, en contra del editorialista, Emilio Palacio Urrutia, los directivos del Diario EL UNIVERSO, y la sociedad anónima propietaria del Diario del mismo nombre.

I ANTECEDENTES

Con el propósito de conocer el entorno judicial en el que se dispuso la millonaria indemnización de daños y perjuicios que analizaré en la parte medular de este informe, incluyo una relación sucinta de los principales eventos vinculados a la querella penal planteada por el Economista Rafael Correa Delgado, quien ostenta la Presidencia de la República del Ecuador, y que dio lugar a las sentencias condenatorias objeto de mi dictamen.

- a) Con fecha 21 de marzo de 2011, el Economista Rafael Correa Delgado, interpuso una querella penal en contra del señor Emilio Palacio Urrutia, acusándolo de ser autor del delito de injurias calumniosas, y en contra de los señores Carlos Pérez Barriga, César Pérez Barriga y Nicolás Pérez Lapentti, a los que me referiré en lo posterior como los hermanos Pérez, como autores coadyuvantes del referido delito de injurias calumniosas. Adicionalmente, el querellante incluyó en su querella a la sociedad anónima EL UNIVERSO, propietaria del diario que circula con el mismo nombre en la República del Ecuador, para que también sea condenada como autora del delito de injurias calumniosas y, por ende, al pago de los daños y perjuicios derivados del referido delito.

- b) Las injurias calumniosas se habrían proferido en el artículo “NO a las mentiras” de autoría del editorialista Emilio Palacio Urrutia, publicado en la co-

lumna de opinión del Diario EL UNIVERSO del 6 de febrero de 2011. El texto íntegro del aludido artículo editorial ha sido reproducido íntegramente en la sentencia de primer nivel.

- c) En su pretensión procesal, el Economista Rafael Correa Delgado solicitó la imposición de una pena de prisión de tres años para el editorialista Emilio Palacio Urrutia y los tres hermanos Pérez, y una indemnización por daños y perjuicios de 50 millones de dólares de los Estados Unidos de América. En el caso de la sociedad anónima EL UNIVERSO, el querellante solicitó una indemnización de daños y perjuicios de 30 millones de dólares de los Estados Unidos de América.
- d) En virtud del sorteo previsto en la ley ecuatoriana, el juicio penal por injurias calumniosas fue sustanciado en el Juzgado Décimo Quinto de Garantías Penales del Guayas.
- e) El 20 de julio de 2011, el Juez a cargo del Juzgado Décimo Quinto de Garantías Penales de Guayas, en ese entonces, expidió la sentencia de primera instancia o nivel en la que declaró a todos los querellados, incluyendo la sociedad anónima EL UNIVERSO, como autores del delito de injurias calumniosas en contra del Economista Rafael Correa Delgado, y condenó al señor Emilio Palacio Urrutia y a los hermanos Pérez, a la pena de tres años de prisión, multa de 12 dólares de los Estados Unidos de América para cada uno, y una indemnización solidaria por daños y perjuicios de 30 millones de dólares de los Estados Unidos de América. La sociedad anónima EL UNIVERSO, por su parte, fue condenada al pago de una indemnización de daños y perjuicios a favor del querellante, de 10 millones de dólares de los Estados Unidos de América.
- f) El querellante, por la vía del recurso de apelación posteriormente desistido, solicitó la revocación de la sentencia e insistió en el pago de una indemniza-

ción por 80 millones de dólares de los Estados Unidos de América. Los querrelados, por su lado, solicitaron que se deje sin efecto lo resuelto por el juez de primer nivel, por la vía de los recursos de nulidad y apelación.

- g) La Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, conoció y resolvió los recursos de nulidad y apelación presentados por los querrelados y dictó sentencia el 22 de septiembre de 2011. En dicho fallo, los magistrados de mayoría (dos de tres) ratificaron los términos del fallo venido en grado y, consecuentemente, la condena impuesta a todos los querrelados por el Juez Décimo Quinto de Garantías Penales del Guayas.
- h) El magistrado disidente del fallo de mayoría, por su parte, aceptó los recursos de nulidad y apelación interpuestos por los hermanos Pérez y la sociedad anónima EL UNIVERSO, y los absolvió de los cargos presentados por el querellante. El editorialista Emilio Palacio Urrutia, en cambio, fue declarado culpable del delito de injurias calumniosas y condenando a la pena de prisión de seis meses, multa de 25 dólares de los Estados Unidos de América y al pago de una indemnización de daños y perjuicios a favor del querellante de 600.000 dólares de los Estados Unidos de América.

II DICTAMEN

A la luz de los antecedentes expuestos, se me ha solicitado que emita un dictamen sobre los pronunciamientos judiciales en cuestión. Básicamente, se me ha pedido que emita una opinión sobre la legalidad y la razonabilidad de la indemnización de daños y perjuicios de 40 millones de dólares de los Estados Unidos de América dispuesta por el titular del Juzgado Décimo Quinto de Garantías Penales del Guayas, confirmada posteriormente por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

1. La vía para la reclamación de daños.-

El Economista Rafael Correa Delgado, Presidente de la República del Ecuador, quien se consideró mancillado en su buen nombre, honra u honor, por la publicación del artículo editorial “NO a las mentiras”, de autoría del señor Emilio Palacio Urrutia, pudo ejercer la acción civil consagrada en el Código Civil ecuatoriano para obtener una indemnización pecuniaria, a título de reparación, por los “sufrimientos síquicos”, según reza en el artículo 2232 del referido cuerpo legal, padecidos por la citada publicación.

También pudo denunciar penalmente a la persona que, a su juicio, lo había agraviado, calumniado o injuriado, para lograr, por esa vía judicial, una condena penal que “limpiaría su honor” y habría de tener un efecto satisfactorio, borrando agravios.

Empero, el querellante no procedió en cualquiera de esas dos formas sino que eligió:

- 1) Acusar penalmente a los hermanos Pérez, miembros del directorio de la sociedad anónima EL UNIVERSO, personas ajenas a la redacción del artículo “NO a las mentiras” pero vinculadas al Diario; a la sociedad anónima EL UNIVERSO, persona jurídica propietaria del Diario en el que se publicó el artículo; y, finalmente, a su autor, el señor Emilio Palacio Urrutia; y,
- 2) Reclamar como reparación o indemnización una suma altísima, multimillonaria, sin precedentes.

Dejó de este modo al descubierto, en mi opinión, dos intenciones: por un lado, sancionar al Diario, castigarlo económicamente, poniendo en riesgo su solvencia y permanencia, que equivale a decir “poner trabas a la libertad de prensa”. El reclamo de daños pasó a ser un pretexto para otro objetivo juzgado mayor, silenciar al Diario; y, por otro, enriquecerse patrimonialmente, cobrando una fortuna que habría de cambiar su situación. Parece muy duro expresarlo con tanta crudeza, pero ocurre que no encontramos otra finalidad, además de las anteriormente expuestas, para explicar el reclamo pecuniario abultadísimo.

Nada de esto debió ser aceptado por la justicia ecuatoriana, que debe obrar conforme a precedentes, legislación vigente, doctrina aural, prudencia y circunscripción.

2. La responsabilidad civil derivada del delito penal.-

El caso materia de análisis aborda un tema inherente a la denominada “responsabilidad civil”, vale decir una cuestión relativa a la reparación o el resarcimiento de los daños sufridos por una persona física como consecuencia de apreciaciones formuladas a través del Diario y juzgadas como calumniosas o injuriosas.

El hecho de considerarse encuadrada la conducta del agraviante o dañador en una figura penal y corresponder, por tanto, la competencia a jueces penales, no altera o modifica la tarea del juzgador que no es otra que estimar o traducir dicha conducta dañosa en una suma de dinero que apunte a compensar el perjuicio o a satisfacer razonablemente a la víctima.

Dicho de manera diferente, la jurisdicción penal no altera la sanción civil ni la agrava. El juez siempre ha de tener la mirada puesta en el daño y la posible traducción dineraria de la “compensación”. Sobre el tema no existe discrepancia en la doctrina latinoamericana ni en la europea. Empero, es obvio que la gravedad de las imputaciones y la incidencia de las mismas en la persona menoscabada han de tenerse en cuenta. Pero ello es así, se trate de un juez civil o de un juez penal.

3. Los daños reclamados en la querrela: ¿daños patrimoniales o daños morales?

En el tema de los daños, perjuicios o menoscabos causados al accionante, campea una particular vaguedad acerca de su índole: si daños al patrimonio o extrapatrimoniales; si a la persona en su honor o en su aptitud o capacidad de obtener lucros o ganancias; si morales con base en el “dolor” o “sufrimiento” o simplemente afectaciones al patrimonio del querellante.

Nos parece, sin abrigar dudas, que en la especie no se han tomado en cuenta los “daños patrimoniales” que el agraviado pudo haber sufrido, ni los patrimoniales emer-

gentes de las aseveraciones que se hacen en el artículo “NO a las mentiras”, ni los lucros patrimoniales cesantes. Sobre unos y otros no median referencias en los escritos del querellante ni aluden a ellos las probanzas ofrecidas.

En cambio, se insiste en el ataque al honor, al buen nombre, a la fama o prestigio, a la dignidad, hombría de bien y otras calidades semejantes. Estamos, en consecuencia, frente al perjuicio que la doctrina universal califica como “daño moral” y, en las más recientes, aparece como “daño a la persona”. Así en el Código del Perú.

Dicho perjuicio no admite una traducción dineraria clara o precisa, no es mensurable económicamente y sólo puede fijarse en dinero con base en la razonabilidad de los jueces, en su prudencia o equilibrio; huyendo de estimaciones extremas: ni muy poco ni una suma excesiva, harto generosa, más destinada a “enriquecer” al dañado que a compensar el perjuicio. Lo venimos sosteniendo desde hace muchos años. Ya en 1994, en la Revista *La Ley*, publicada en Buenos Aires, República Argentina (1994-A-728), expusimos las que denominamos “Diez reglas sobre cuantificación del daño moral”, que comenzaban: “1. No a las indemnizaciones simbólicas. 2. No al enriquecimiento injusto (...)”.

Se trata de reparar o de resarcir los detrimentos o menoscabos padecidos por el injuriado, no de punir, castigar, sancionar o penar al victimario. No nos encontramos ante los denominados “daños punitivos” originados en los Estados Unidos de América y receptados en ciertos países de Latinoamérica. Mientras el “daño punitivo” es una sanción represiva que apunta a “castigar” al dañador y tiene en cuenta la gravedad de la conducta, la intencionalidad, la reiteración, etcétera, lo que en ocasiones ha llevado a tribunales norteamericanos a establecer condenas de montos muy elevados; la figura del resarcimiento del daño a la persona, que, como regla, no mira al victimario sino a la víctima, no castiga comportamientos sino que atiende a las incidencias morales, espirituales y sociales del agravio, y jamás llega - en su indemnización - a sumas “millonarias” más orientadas a la “quiebra del ofensor” y a la multiplicación de la fortuna del ofendido.

Buena parte de la doctrina universal ha comenzado a descreer o dejar de lado a los “daños morales”, originados en una intervención poco feliz de un monje medieval empeñado en la Glosa o anotación de las Institutas de Justiciano, con la finalidad de “espiritualizar” la responsabilidad civil –similar a lo que aconteciera con la introducción de la culpa como factor de imputación– que obligaba a pagar “el precio del dolor”, el denominado “*pretium doloris*”. Y es razonable que así ocurra, puesto que el dolor “no tiene precio” ni equivalente económico, ni puede ser traducido en dinero.

Nos parece que es escandaloso que se pueda discutir judicialmente el precio del honor del Presidente de la República. Sus “alteraciones disvaliosas en los estados de ánimo” no admiten tasación económica. Ni menos aún una reparación multimillonaria. Desde siempre el precio del dolor se estimó en una suma de dinero modesta o pequeña. De lo contrario se cae en la arbitrariedad. Las “sensaciones agradables”, de acuerdo con los gustos del actor, que vendrían a compensar las dolorosas o desagradables de las denominadas injurias, no pueden “valer millones de dólares”. Es odioso y chocante no sólo al sentido jurídico sino al humano y social.

4. Parámetros que se utilizan para la cuantificación de la reparación de los perjuicios extrapatrimoniales o morales.-

La “justa reparación” del daño extrapatrimonial o daño existencial debe ser determinada con prudencia y razonabilidad, tal como lo resalta Ricardo Luis Lorenzetti, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, en su obra: *Las normas fundamentales del Derecho Privado*, luego de mencionar la “lesión a la vida de relación, al proyecto de vida, a la identidad personal”.

En relación con la tasación de la indemnización, Matilde Zavala de González, jurista argentina de primer nivel, en su trabajo: *¿Cuánto por daño moral?*, en L. L. 1998-E-1057, estima que “para fijar el monto corresponde valorar una condición patrimonial media, con prescindencia de la víctima”.

Jorge Gamarra, eminente jurista uruguayo, ha dicho, con mucha razón, que la indemnización de daños no patrimoniales debe atender al contexto económico del país y el general “estándar de vida”, que no es lo mismo una determinación cuantitativa en los Estados Unidos de América o en países del primer mundo europeo que en los países latinoamericanos. Así lo han entendido los jueces argentinos en pluralidad de situaciones, fijando siempre sumas moderadas. Por último, insiste Gamarra en que “la idea de castigo, la pena y la finalidad aflictiva”, que encuentra corifeos en Francia y en Italia, no es por lo general receptada en los países latinoamericanos.

Para Ramón Daniel Pizarro, en su obra sobre la *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación*, “la procedencia o improcedencia de la reparación no es facultativa ni depende de la mera discrecionalidad del Juzgador”. Vale decir que partiendo de la idea de la no traducción en dinero de los agravios, injurias o calumnias que siempre serán daños extrapatrimoniales, y sea cual fuere el criterio del juzgador –atenuar o borrar el dolor, otorgar placeres, compensatorios, etcétera–, siempre se estará ante un dinero que nada devuelve o retrotrae, que sólo “satisface insatisfactoriamente”.

En lo extrapatrimonial, la idea de “reparación integral” es un mito o una falacia. Pero ello no quita que los jueces deban fundamentar sus decisiones y dar razón de las cuantías fijadas, conducta que en el caso que nos ocupa no se observa. Por el contrario, la suma que se condena a pagar parece fijada “al azar”, porque sí, buscando que sea “muy elevada”, aunque excede, en mucho, cualquier compensación. Parece “arbitrariedad pura”.

5. La indemnización del daño no patrimonial en algunas legislaciones europeas y en la argentina.-

La reacción frente a la imposibilidad de traducir en una suma dineraria el perjuicio moral, a la persona o a la vida de relación, al honor o a la consideración social, ha llevado, a un buen número de legislaciones y de tribunales, a proponer distintos criterios:

- a) En el Derecho inglés, inscrito en el sistema del common law, los tribunales se inclinan por una “reparación simbólica”, de unos pocos “chelines”, o “peniques”, considerando que la “sentencia de condena”, civil o penal, es compensación suficiente por los agravios padecidos y, por tanto, una “persona de bien” no puede reclamar nada más.
- b) En España, la mejor doctrina, citamos a Luis Díez-Picazo, *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 124, sostiene que “frente a la borrosa figura del comúnmente denominado daño moral” se suscitan dificultades, “sobre todo en punto de arbitrariedad que siempre existe en su cuantificación, así como en la utilización que a veces se hace del concepto para indemnizar daños de difícil prueba o para establecer indebidamente daños larvadamente punitivos”. Creemos que estas reflexiones del maestro español son aplicables al caso que nos ocupa y a la reparación ratificada en la sentencia de segundo nivel.
- c) El Código Civil italiano ha seguido, en relación con la reparación del daño extrapatrimonial, “un criterio marcadamente restrictivo”. La doctrina se ocupa del daño a la identidad dinámica, del perjuicio sufrido por una persona dedicada a la política, o a la función pública, en su honor, fama o prestigio; empero, siempre y en todos los casos, campea el principio de una traducción moderada, prudente, racional. Visintini, Giovanna, *Tratado de la Responsabilidad*, ts. I y II, Astrea (traducción), Buenos Aires, 1999, t. II, ps. 224 y ss.; Alpa, Guido, *Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil*, Jurista, Lima (trad.), ps. 94 y ss.
- d) En la doctrina francesa, Le Tourneau y Cadiet ubican dentro de los daños extrapatrimoniales, los sufrimientos morales y síquicos que comprenden las mismas ideas que la vieja concepción del “*pretium doloris*”. Los Mazeaud se preguntan, en *Lecciones de Derecho Civil*, parte segunda, vol. II, p. 70: “¿Cómo fijará el juez la cuantía de los daños?”, y responden: “Tropezará con una imposibilidad, ya que, por definición, el perjuicio moral no es de natura-

leza pecuniaria. Es innegable que el papel del juez será más difícil que en el daño material. Pero ese papel no es imposible, porque no se trata de calcular la suma necesaria para borrar lo que es imborrable, sino para [...] procurar algunas satisfacciones equivalentes al valor moral, destruido”. No se nos ocurre pensar que tales “satisfacciones” o “placeres” puedan tener un costo de millones de dólares americanos.

- e) En la doctrina argentina, además de las obras ya citadas, se destaca la de López Herrera, *Teoría general de la Responsabilidad Civil*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 194, en la cual el autor, con toda claridad, expone, acerca de la determinación de la cuantía, criterios que compartimos plenamente y que son mayoritarios en la doctrina nacional: “(...) no inciden en el valor del daño moral o extrapatrimonial: a) las pérdidas económicas sufridas o probadas. No hay ninguna relación entre el daño moral y el daño material, el que puede no existir. b) El dolo o la culpa del responsable tampoco tienen alguna incidencia. Se toman en cuenta las consecuencias disvaliosas, sin importar su origen. Ni siempre el daño es mayor porque haya dolo. c) Las teorías sobre la cuantía, que miran a la víctima o al victimario, no aciertan. Se debe evaluar el daño en sí mismo”.

Alejandro Borda, en *La prueba en el Daño Moral*, en la obra colectiva, *La prueba en el Derecho de Daños*, Nova Tesis, Buenos Aires, 2009, nos dice: “(...) hay que cuidarse –alude a los jueces– de caer en indemnizaciones excesivas, que sólo generan un enriquecimiento ilícito de la víctima, esto es que impliquen un verdadero cambio de la vida suya y de la de su familia, y de los profesionales que lo asesoran, amén de las repercusiones sociales que pueden producirse ante la afectación de ciertas variables económicas”.

Nosotros insistimos en que sentencias de generosidad extrema, como las que comentamos en la causa del diario EL UNIVERSO, sientan un “mal ejemplo” para la ciudadanía, en la medida en que tasan el agravio a derechos personalísimos en sumas millonarias, poniendo un precio absurdo, por lo elevado, a “valores no económicos sino espi-

rituales o afectivos”; cabe hablar de un “materialismo” impropio e inadmisibles, de un afán de enriquecerse o lograr una fortuna a costa del victimario. Desde otro ángulo, puede juzgarse que lo reparador se ha vuelto punitivo o bien que comparten la pretensión: enriquecimiento para la víctima y quiebra para el victimario.

6. La naturaleza resarcitoria de la indemnización, la razonabilidad de la estimación económica y la prueba de los daños.-

Los parámetros para juzgar una condena resarcitoria no son otros que: a) la gravedad del daño; b) su incidencia en los bienes o en la persona; y, c) la proporcionalidad y la justicia. Y, por el contrario, como lo he sostenido durante todos estos años en la academia y en la práctica profesional, no cabe que el juzgador se detenga a contemplar:

- a) Razones de equidad, que prohíjan una responsabilidad civil sin cortapisas ni limitaciones;
- b) Criterios de generosidad infundados, sólo movidos por afán de favorecer a las víctimas;
- c) Criterios de reparación irrisorios o de escasa cuantía;
- d) Criterios que prioricen aquello que Denis Mazeaud, en Francia, denomina “Ideología de la reparación”, que consiste en “manipulaciones jurídicas groseras para reparar toda suerte de perjuicios o bien hacerlo con sumas desproporcionadas”;
- e) Otorgar un significado equivocado a la denominada “reparación integral”, fijando sumas sin explicación alguna y de enorme cuantía;
- f) Perjuicios efectivos a expectativas más o menos posibles de ganancias;
- g) Olvidar que la indemnización tiene por objeto reponer las cosas a su estado anterior, en la medida de lo posible, sin convertirse en fuente de lucro para el damnificado;
- h) La cuantía a pagar no puede ser fuente de expoliación para el dañador, que ocurre cuando es compelido a indemnizar una suma fabulosa o excesiva;

- i) No cabe la reparación de daños no determinados, no concretos o no precisados, ni aquellos sobre los que no existen pautas claras acerca de su cuantía o extensión;
- j) Finalmente, el juez debe fundamentar la cuantificación efectuada, no bastando con que acuda a fórmulas vacías para llenar este deber; es preciso satisfacer el deber de motivación acerca de su dimensionamiento y cuantificación con respecto al caso concreto.

La doctrina mayoritaria, en los países del *civil law*, destaca que “la cuantificación del daño extrapatrimonial” encierra la búsqueda de soluciones equitativas, de lo justo en el caso concreto. Y que si bien cabe aludir a una “reparación integral”, aun del daño moral, no constituyendo esta reparación, aun en el mejor de los casos al decir de Viney, “una pura directiva de equidad”, ha de seguirse la meta “del consuelo” propuesta por amplia y aquilatada doctrina. La indemnización del daño moral debe dirigirse hacia ese consuelo, para otorgarle a la víctima una suma de dinero como medio de procura de goces. Se ha señalado que esta premisa da contenido a la vez que suministra parámetros para calibrar la reparación y alejarla de la arbitrariedad.

De donde se concluye, en la imperiosa necesidad de una actividad probatoria encaminada a acreditar los padecimientos concretos para posibilitar el fundamento específico de la mentada reparación. Nos interrogamos acerca de qué medios probatorios ha utilizado el actor en esta causa para demostrar sus “padecimientos concretos”, su detrimento en la vida de relación, en su concepción del honor, el denominado “daño existencial”, “la privación de los placeres usuales de la vida”. La respuesta es, clara e indefectible: ninguno.

La causa carece de pruebas concretas, quedando claro que no aludimos a las injurias sino al efecto de las mismas en la vida del actor. Es dable preguntarse, entonces, ¿cuáles son esos placeres compensatorios, esos consuelos que requieren millones de dólares? Es obvio pensar que la doctrina que nos ocupa “alude a otras sentencias”, a indemnizaciones de diferente magnitud, más razonables o equitativas.

En los países latinoamericanos, las sentencias expedidas en contra de Emilio Palacio, los hermanos Pérez y la sociedad anónima EL UNIVERSO, escandalizan, no se les encuentra explicación, lindan con el absurdo. Se da por descontado que no buscan “reparar” sino “castigar”. Sus elevadísimos montos no se dirigen a otorgar “satisfacciones” a la víctima sino a llevar a la insolvencia y quiebra al victimario.

Julia Elena Gandolla, jurista y jueza argentina, en un trabajo titulado: *La ardua tarea jurisdiccional de cuantificar los daños*, en *Revista de Daños*, N° 2004-3, *Determinación judicial del daño*, ps. 211 y ss., expresa que “...el daño moral o extrapatrimonial debe fundarse acabadamente [...] mucho más si se nos presenta como desentendido de las secuelas físicas, si no lesiona al ‘soma’ sino a la ‘psique’ [...] el juzgador debe realizar el esfuerzo de comunicación e intentar una fundamentación suficiente [...] prudencia, experiencia y equidad deben concretarse en una sentencia que realice la justicia del caso concreto”.

Nos preguntamos si las sentencias comentadas responden satisfactoriamente a estas inquietudes o si, por el contrario, son fruto de la arbitrariedad y la soberbia; lo expreso simplemente porque se me ocurre y puedo decirlo dada mi potestad. Lo resuelto acerca de la suma a abonar por el victimario es de suma gravedad: sea por carecer de toda fundamentación lógica y jurídica, sea por “comprometer” la libertad de prensa, al volver “punitiva” una cuestión resarcitoria.

En las sentencias que nos ocupan hay mucho más de “castigo” que de “compensación”. Iribarne, en un enjundioso trabajo, *La cuantificación del daño moral*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 6, *Daño moral*, ps. 185 y ss, culmina su investigación diciendo: “Creo que el único vehículo racional para establecer este tipo de indemnizaciones es el aquí propuesto, que parte de preguntarse sobre los bienes adecuados para mitigar las penurias, conforme a las circunstancias de cada caso”.

Nos interrogamos, una vez más: ¿En qué bienes pensó el accionante cuando reclamó ochenta millones de dólares? ¿En qué cosas puso su mirada el tribunal cuando fijó la indemnización en suma millonaria? ¿Qué persona puede en la República del Ecuador dis-

poner una suma semejante para satisfacer necesidades o placeres? ¿Qué persona puede en esta digna República pagar ese monto dinerario sin caer en una “decadencia económica o directamente en la insolvencia”?

La ubicación del daño moral dentro de los denominados *in re ipsa*, vale decir de aquellos cuya existencia se infiere o se deduce del agravio o de la injuria padecida, no quita, en absoluto, que a la hora de determinar la cuantía de la indemnización, pueda prescindirse de las probanzas acerca de su incidencia y gravedad y del porqué de tal o cuál determinación económica.

La doctrina y la jurisprudencia chilena le atribuyen al daño moral un carácter resarcitorio. Lo recuerda Tapia R., Mauricio, *Ciento cincuenta años de responsabilidad extracontractual en Chile*, en la obra colectiva, *Responsabilidad civil*, bajo la dirección de Kemelmajer de Carlucci, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, ps. 41 y ss.

El mismo jurista da una razonable explicación a la actitud escueta de los jueces, casi inexistente, en la justificación de la cuantía indemnizatoria y de la “realidad” del perjuicio: “Por lo demás, una escueta resolución esconde muchas veces las dudas de los jueces acerca de la existencia de una relación causal relevante. Más aún, la elevada complejidad técnica de algunos casos de responsabilidad conduce a algunas jurisdicciones a omitir extensas justificaciones que la expongan a cometer errores, contentándose con evaluar globalmente sobre la base de una mal entendida equidad, la totalidad del perjuicio. En todos estos casos, una acabada justificación y la disgregación de los daños reparados, dejaría en evidencia las falencias y haría procedente la casación del fallo”. Es lo que pensamos que ha ocurrido en la especie que nos ocupa.

Los tribunales argentinos tienen declarado –en Parellada, C. A., *El daño moral*, en *Responsabilidad civil*, p. 362–: “La indemnización por daño moral no configura una sanción al ofensor, sino la satisfacción de legítimos intereses de orden extrapatrimonial que hacen a derechos inherentes a la persona, debiendo evaluársela con la apreciación objetiva del padecimiento y en tal indemnización el dinero no cumple una función valo-

rativa exacta, el daño no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia”.

En Brasil, la doctrina que comenta el artículo 953 del nuevo Código Civil del 2002 alude a una función resarcitoria, requiriendo “la prueba” tanto del daño patrimonial como del moral, en casos de calumnia, injuria o difamación. Cavalieri Filho, S., *Programa de responsabilidad civil*, Malheiros.

En Colombia la doctrina es coincidente, y lo mismo predica la jurisprudencia. Frente a daños extrapatrimoniales debe aceptarse “la indemnización por equivalente a dinero, cosas o reparaciones que, en la medida de lo posible, hacen desaparecer los efectos nocivos padecidos por la víctima. Casi siempre la reparación es incompleta y aproximada, tratando de brindar a la víctima bienes que le reporten satisfacciones similares a las producidas antes por el bien afectado (...)”. Tamayo Jaramillo, J., *De la responsabilidad civil*, Tecnos, t. II, p. 126.

Por su parte, Martínez Rave, *Responsabilidad civil extracontractual*, Dike, ps. 361 y ss., trata extensamente la cuestión, luego de recordar que el artículo 106 del nuevo Código Penal de Colombia de 1980, establece que no pudiendo valorarse por el juez el daño moral, el mismo debe ser traducido en dinero “prudencialmente”, “hasta el equivalente en moneda nacional de un mil gramos oro”.

La indemnización, en definitiva, apunta a compensar y no a enriquecer. Los jueces, al determinar la cuantía del resarcimiento, se detienen en la entidad del perjuicio ocasionado, en relación causal adecuada con el hecho originario; no miran ni a la culpa ni al dolo; en la imputación objetiva, no prestan atención al hecho de ser la víctima rica o pobre, o el victimario titular de fortuna o carente de ella. No hay la menor duda de que en las sentencias dictadas, falta una mirada inteligente, jurídicamente válida y esclarecedora, obsesivamente puesta en el perjuicio causado. Falta una argumentación válida que responda, con elocuencia, a la pregunta: ¿cuánto y por qué?

7. Responsabilidad de los representantes legales de los medios de comunicación respecto de las publicaciones de sus editorialistas.-

Más allá de los “criterios generales” que se utilizan para determinar los legitimados pasivos en la “responsabilidad civil”: que haya daño, que éste sea consecuencia de la acción del dañador y que exista una relación de causalidad adecuada entre la conducta del agente y el daño, la doctrina especializada en Latinoamérica y en Europa insiste en que “debe estarse al caso concreto”. Esta visión enriquecedora es la que no se ha efectuado en autos o bien se ha realizado de manera tendenciosa e interesada en “castigar”. Ghersi, C. A., *Tratado de daños reparables*, t. II, *Parte especial*, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 430; Colombo, L. A., *Reparación del daño moral en los delitos de calumnia e injuria*, en L. L., t. 21, p. 875.

Se desprende, en consecuencia, que la responsabilidad no puede alcanzar a los representantes legales de la sociedad anónima EL UNIVERSO, ni a los integrantes de la “administración societaria”, por sí y ante sí. Equivaldría a incorporar a la nómina de legitimados pasivos a los “accionistas de la sociedad”. Un exceso manifiesto y caprichoso. En sentido coincidente la obra del juez de la ciudad de Rosario, Argentina, Alejandro Andrada: *Responsabilidad civil de los medios de comunicación*, Juris; Miragem, B., *Responsabilidade civil da imprensa por dano á honra*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005.

Las razones dadas por el juez de instancia para sustentar la responsabilidad de los directores del diario son manifiestamente precarias. La inclusión de terceras personas, con el argumento de que “pudieron colaborar” o “tuvieron ocasión de aprobar o desaprobar”, como ocurre en la especie que nos ocupa, carece de fundamentos lógicos y jurídicos admisibles. Es una ampliación caprichosa que apunta más a “castigar” la presencia en el medio, que a no dejar afuera a quien fue autor o coautor del agravio.

Con base a los “criterios generales” de responsabilidad civil aplicados al “caso concreto”, no hay duda de que la responsabilidad sobre las afirmaciones que constan en el artículo “NO a las mentiras” sólo alcanza a su autor, en caso de que dicho artículo sea

calificado como calumnioso o injurioso. En la especie juzgamos que no es dable extender la supuesta responsabilidad y que debe estarse a considerar legitimado pasivo exclusivamente al autor. Se trata de un columnista o editorialista de probada autonomía y reconocida jerarquía intelectual, que lo colocan por encima de toda censura previa.

8. Algunas anotaciones puntuales sobre los pronunciamientos judiciales en cuestión.-

Puede afirmarse, sin hesitación, reiterando lo ya adelantado, que ninguna de las dos sentencias se detiene en el análisis de los daños, ni en los aspectos subjetivos ni en los objetivos. Las preguntas acerca de por qué tanto dinero, de cómo se ha estimado “la compensación” a un detrimento espiritual, cuál es el destino que los jueces actuantes consideran debe darse a semejante suma millonaria, quedan sin respuesta alguna.

Obsérvese que la disidencia reduce la indemnización a la suma de seiscientos mil dólares de los Estados Unidos de América, que no deja de ser una cantidad abultada o excesiva, pero en nada comparable con la sentencia de primer nivel, dando razones, “las injurias vertidas [...] en contra del buen nombre y de la personalidad del querellante”, pobres o mezquinas razones y citando un precedente jurisprudencial que derivó, precisamente, en una indemnización por igual valor a favor del querellante. Entendemos que le cabe algún reproche al propio actor, al solicitar en su escrito inicial una suma “sin sentido lógico ni jurídico” que más se parece a “una burla o broma” que a un reclamo real.

Pensamos, con toda sinceridad, que un Presidente de la República no debe dar semejante mal ejemplo, que coloca su pretensión muy por encima de la de cualquier ciudadano del país, a la vez que fuerza a los jueces a transitar por una vía desmesurada. Dos prestigiosos juristas argentinos, Félix A. Trigo Represas y Marcelo I. López Mesa, en su obra: *Tratado de la responsabilidad civil*, La Ley, Buenos Aires, 2004, t. IV, ps. 691 y ss., al ocuparse de la “cuantificación del daño no patrimonial”, indican “No al enriquecimiento injusto. No a la determinación sobre la base de la mera prudencia. Sí a la ar-

monización en casos semejantes. Sí a las sumas que puedan pagarse, dentro del contexto económico del país y el general estándar de vida”.

Volviendo a la legitimación pasiva, creemos que le asiste razón al juzgador en disidencia cuando limita la condena indemnizatoria al “periodista autor” de las calumnias o injurias, calificadas como tales por el querellante, y deja afuera a la sociedad anónima, a sus autoridades y mandatarios. Ocurre en la especie que dicho periodista no era una persona cualquiera, no lo es, sino una persona destacada, cuya autonomía está fuera de toda sospecha y que asume la responsabilidad por sus dichos.

Compartimos la tesis acerca de la “excepcionalidad” de la reparación dineraria de daños sin contenido económico, de la necesidad de acotar semejante resarcimiento para no caer en excesos ni tampoco en posturas absurdas, como pensar “que los daños inmateriales pueden ser reparados crematística o materialmente”, según el decir del prestigioso jurista peruano Fernando de Trazegnies, *La responsabilidad extracontractual*, Pontificia Universidad Católica, Lima, p. 110. En el mismo sentido Gamarra, J., *Tratado de Derecho Civil uruguayo*, Montevideo, 1992, t. XXIV.

Por lo demás, no negamos que la lesión al honor, o al buen nombre, pueda originar daños patrimoniales, pero ellos deben demostrarse acabadamente y no meramente invocarse. En este sentido Iribarne, H. P., *De los daños a la persona*, Ediar, Buenos Aires, 1993.

8.1. La ausencia de tipificación de la índole de los daños y la carencia de pruebas.--

Decidida la conducta a seguir y habiendo optado por reclamar la reparación de daños, el actor y sus letrados debieron considerar qué perjuicios integrarían la nómina y cómo fundar a sostener la pretensión indemnizatoria. No basta decir que se sufrieron daños, hay que detallar el cuándo y el cómo, qué perjuicios y con qué medios probatorios demostrarlos. Semejante prolijidad procesal fue dejada de lado: “basta con decir que los padecemos”, a unos y a otros, sin mayores distinciones ni precisiones.

Nadie puede dudar de los dichos del Presidente de la República y menos aún los jueces del Estado. Es por eso que el lector de la demanda se siente sorprendido y confundido –nos pasó a nosotros– y comienza a pensar que tal “vaguedad” no ha sido casual sino buscada; que se ha optado por aludir a generalizaciones, menciones amplias y omnicomprensivas, sin entrar en precisiones o detalles: por qué el daño moral y qué reparación; por qué el patrimonial y cuánto por él; qué en concepto de lucro cesante y cuánto por el daño emergente. No se ofrece ni produce prueba alguna, de donde el juzgador sólo cuenta con la palabra del accionante.

Nada, al menos en apariencia, hubiera costado al actor determinar cuánto dinero por los perjuicios económicos y cuánto por los personales o no patrimoniales; cuánto por el dolor y cuánto por el lucro cesante y por el daño emergente. Y dar razones, explicar el porqué y luego ofrecer pruebas corroborantes. Lo hubiera hecho, pensamos, cualquier actor, aconsejado por su abogado, conocedor de las exigencias procesales y de la carga de la demostración. Nada de todo esto cabe presumir. Se podrá sostener que las injurias o las calumnias causan un daño “*in re ipsa*” o sin más, pero su traducción en dinero amerita explicaciones. Los jueces no son peritos en estimaciones o tasaciones de dólares y deterioros económicos.

Esa absoluta falta de medios probatorios, unida a la sorprendente vaguedad de la cual hemos hablado ya, a la mención de daños “como al pasar”, sin concretar ni especificar, fuerzan a un rechazo que la justicia debió concretar. El “apremio” que importa admitir una cuantía hartamente excesiva o generosa, sin precedente en el Derecho Latinoamericano, no encuentra razón de ser ni justificación alguna. No basta “pedir”, es preciso demostrar, convencer, aportar elementos de razonabilidad, que en esta causa no han existido.

8.2. Los daños patrimoniales y las referencias inconducentes para su estimación.-

Cuando se condena a resarcir perjuicios patrimoniales, ya sea por haber impedido u obstaculizado el logro de lucros o beneficios –“lucro cesante”– o por haber destruido o deteriorado bienes que integran el patrimonio –“daño emergente”– (en un caso se ha obstaculizado el enriquecimiento y en el otro se ha empobrecido o disminuido las riquezas), quien peticona debe arrimar elementos de prueba indubitables o fuera de todo debate que convenzan al juzgador. Nada de eso ha existido en esta causa.

Causa desasosiego, inquietud y por qué no tristeza, leer algunos de los argumentos invocados por los jueces, en sus sentencias, para justificar la estimación de los perjuicios padecidos y la absurda cuantía de la reparación. Fundar una condena varias veces millonaria, que lejos de prestigiar a la Justicia del país da pie a toda clase de críticas y sospechas, en el “Presupuesto General del Estado”, o en la condición del querellante de ser “profesor, conferencista destacado en foros mundiales”, es un sinsentido, una grosería jurídica y una buena muestra de falta de argumentos serios.

Con similar criterio de vaguedad podría sostenerse que el desempeño de la Presidencia “consuela” al actor de los dolores o sufrimientos; que la libertad y amplitud de comunicación de que dispone posibilita borrar expresiones injuriosas o calumniosas; que las reacciones frente a acusaciones, como las volcadas, son muy diferentes, y que si bien un sector cree en ellas, otro sector de la población las rechaza y multiplica su confianza en el Presidente, que las muestras de solidaridad recibidas le auguran un porvenir venturoso, etcétera.

Otro tanto ocurre con la relación que se busca establecer entre esas injurias y posibles quehaceres o tareas lucrativas, ya sea dentro del Gobierno o fuera de él. Falta una relación de causalidad adecuada entre el hecho imputado y sus efectos o consecuencias traducidas en dinero. La fama, el honor, el buen nombre o prestigio, nada tienen que ver con el lucro o las ganancias, menos aún cuando esas cualidades no se atribuyen a un comerciante o empresario, sino a un político, a un hombre de vida pública. Esa vida pública no puede medirse en dinero, valorarse atendiendo a posibles rentas o ganancias. Equivale a rebajar la función y, por esa vía, agraviar al funcionario.

8.3. El esguince de la sentencia del Juez de primer nivel.-

Especial preocupación me ha merecido el giro inesperado que hace el juzgador de primer nivel en la parte final de su voluminosa sentencia. Según las propias palabras del querellante, el artículo “NO a las mentiras” contiene afirmaciones injuriosas “con el único ánimo de deshonar, desacreditar, y menospreciar mi buen nombre, moral, dignidad, honor, fama y prestigio”. Este es el hilo conductor del fallo: la afectación al honor y buen nombre del Economista Rafael Correa Delgado.

El querellante, en su demanda, se refiere a los padecimientos y angustias derivados de la publicación del artículo editorial, de lo cual se hace eco el juzgador a lo largo de su sentencia, por lo que al arribar a la parte dispositiva del fallo esperábamos encontrar, siguiendo una lógica elemental, una medida resarcitoria o compensatoria por tales sufrimientos síquicos.

Sin embargo, en actuación desconcertante, en la página 153 de su fallo, el Juez inesperadamente se enrumba por el camino del daño patrimonial y llega a aseverar que “a una persona de la característica del querellante ser injuriado (...) si le produce graves daños y perjuicios, tanto daño emergente, porque menoscaba la confianza que las personas tiene en él, y un lucro cesante, que guarda relación a la proyección futura que un estadista tiene en sus actividades, tanto públicas como privadas, ya que frente a sus alumnos, posibles electores, etc. si ocasiona un menoscabo y menosprecio de su persona (...)”.

La afirmación que hace el Juez es hueca, carente de argumentos serios, que nada tiene que ver con lo que se dice en la demanda ni con las tablas procesales. Si el Juez hubiera querido conceder al querellante una millonaria indemnización para reparar los bienes materiales destruidos o compensarlo por los bienes materiales que pudo haber adquirido en el futuro, a ellos debió referirse en su fallo en el que también debió incorporar parámetros serios para la cuantificación de la indemnización. ¿A qué daños emergentes se refiere la sentencia y cuánto por ellos? ¿Qué referencias y metodología

utilizó para el cálculo del lucro cesante? ¿Cómo llegó a la astronómica indemnización? Estas preguntas no encuentran, en el fallo, ninguna respuesta.

En Latinoamérica, de sur a norte, desde México a la Argentina, no se conocen condenas de la cuantía patrimonial que ahora nos ocupa. Esta falta de precedentes la descalifica. Como la falta de fundamentación la vuelve discrecional y caprichosa. ¿Quién puede pagar semejante suma? ¿Qué perjuicios son aquellos que se busca compensar con tanto dinero? Quien perciba esa suma se vuelve, sin más, una persona millonaria, cualquiera fuere su patrimonio anterior. Es suficiente para cambiar con estridencia el estado de fortuna.

Y, por el otro lado, el del supuesto dañador o victimario, el pago, imposible en la gran mayoría de los casos - excepcionales, cuando fuere posible - acarrea una situación cercana a la quiebra o a la insolvencia. Cabe repetir que las indemnizaciones deben medirse por la realidad del daño y no por la fortuna del causante del mismo. El parámetro de la situación económica del dañador no es tenido en cuenta, puesto que no se trata de “castigar” sino de reparar.

8.4. El daño debe ser cierto y no hipotético.-

Recurrir a una especie de daño, el denominado “daño futuro”, para sustentar el reclamo de una millonaria indemnización es un artificio que no resiste el menor análisis. El “daño futuro” sólo interesa para efectos de la indemnización en la medida de la certidumbre de su existencia. Con razón se ha dicho que éste, en definitiva, no es sino la prolongación cierta y esperada del daño presente o actual.

En cambio, en el daño “eventual o hipotético” no existe seguridad de que el perjuicio se va a producir, es una mera especulación. En el caso que nos ocupa, sobre la base de sostener que en el tiempo por venir, el actual Presidente Correa, podría ver disminuidos o menoscabados sus ingresos, con base en las injurias o calumnias recibidas en el pre-

sente, ya fuera de la función pública, no pasa de ser una suposición arbitraria sólo traída a cuento con el afán de justificar lo injustificable.

Una indemnización, no se diga una indemnización multimillonaria, jamás se puede sostener en un daño presumido o hipotético o imaginado, sino de un daño real, actual, existente y demostrado indubitavelmente. La aislada cita que se hace en la sentencia de segundo nivel con el propósito de ampliar el ámbito de la indemnización es, a todas luces, una descontextualización de la aseveración que hace el autor de la misma.

Por otro lado, las injurias se creen o no se creen y en tal caso son intrascendentes en el tiempo futuro. Se debería relacionar, por tanto, dichas supuestas injurias con actividades lucrativas de beneficios importantes, fuera, claro está, de la función pública, y no en meras chances, argumento de particular flojedad, indigno para fundar un resarcimiento enriquecedor, una situación de “cambio de fortuna” que nada bueno dice del Tribunal que la consagra.

El Presidente trabaja en esa función y por tanto, no tiene otros ingresos. No puede mencionar que sus rentas ajenas a la misma han disminuido por los agravios ni tampoco que avizora un futuro económicamente triste. De ahí que se deje de lado el presente y se apunte al tiempo futuro; se hagan apreciaciones de chances o “castillos en el aire”: que se dejaría de ganar, de que ingresos o beneficios se privaría más adelante, etcétera. Planteamientos carentes de seriedad que no pueden ser receptados.

Finalmente, cómo es que se avizora un futuro tan aciago que debe compensarse con una indemnización multimillonaria, si las injurias que se habrían proferido con el artículo “NO a las mentiras” no han hecho la más mínima mella en el bien ganado prestigio y buen nombre del Presidente de la República, tal como él mismo lo corrobora cuando ajunta como probanza en su favor, las innumerables muestras de afecto y solidaridad de personalidades de todo el mundo respecto de los hechos sucedidos el 30 de septiembre de 2010, a los cuales se refiere el citado artículo que dio pie, precisamente, al inicio del juicio penal.

8.5. El tema de la multa civil o daño punitivo.-

Cuando la multa civil o daño punitivo es recepcionado por la legislación de un país, pueden los jueces aplicarlo, de manera excepcional o incidental. El denominado daño punitivo no es, de manera alguna, una institución de creación “pretoriana” o judicial. Su aplicación, no obstante no estar reconocido por la normativa vigente, en un determinado país, acarrea la sanción de inconstitucionalidad. Y es así por tratarse de una “pena” o sanción punitiva. Su origen se encuentra en el “common law” y su desarrollo en tiempos modernos se ha producido de un modo significativo en los Estados Unidos de América. Son pocos los países que lo admiten, Quebec en Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Irlanda del Norte y Escocia, entre otros.

8.6. La cuantificación del daño punitivo.-

¿Por qué aludimos a este “daño punitivo” si afirmamos su desconocimiento por el Derecho del Ecuador y la improcedencia de su aplicación pretoriana? La respuesta es simple: porque es ese daño o multa civil la sanción aplicada por los Jueces en el caso que nos ocupa. Y no de una manera errónea o equivocada, sino buscada o elegida ex profeso.

Ocorre que el daño punitivo, como sanción o castigo, no está llamado a cumplir con la función resarcitoria que busca la indemnización del daño patrimonial o moral. No es necesario que guarde proporcionalidad con el detrimento o menoscabo originado. Como multa civil no se mide por el perjuicio, sino que está, al menos en principio, librado a la apreciación judicial, a su discrecionalidad, con la mirada puesta en los hechos que se busca sancionar, en su gravedad, reiteración y la conducta indiferente del dañador. Vale decir que excediendo sus funciones y procediendo fuera de la legalidad, los jueces actuantes en la especie han dejado de lado la “reparación” para atender a la sanción punitiva o castigo.

Y, obviamente, han prescindido de toda proporcionalidad para fijar discrecionalmente una pena económica que tenga relevancia, que se sienta o se sufra. La doctrina

especializada coincide en que esta sanción, que no reparación, apunta a “punir y prevenir la reiteración de los mismos hechos castigados”. De donde, es razonable pensar que en el caso, como lo tenemos afirmado, los jueces han actuado, bajo el disfraz de una condena reparadora, apuntando a “limitar la libertad de prensa”, a “controlar al diario ‘El Universo’, a terminar, de una vez y para siempre, con sus críticas”.

8.7. El Derecho ecuatoriano no admite los daños punitivos.-

La inconstitucionalidad de semejante “pena privada”, cuando carece de sustento legal, cuando se origina en una mera voluntad judicial, está fuera de discusión. El Poder Judicial no puede crear “penas” o “multas”. No es ésa su función. Aplica el Derecho vigente pero no lo crea disponiendo instituciones desconocidas para el ordenamiento del país. Y esta prohibición no puede ser burlada con el recurso, casi infantil, de “cambiar el nombre de la sanción”: de denominar condena reparadora a lo que es sencillamente una condena represiva o de castigo. No existen sobre esta cuestión disidencias u opiniones diferentes.

8.8. La necesidad de un reconocimiento legal para su procedencia.-

Lo dicho en los párrafos precedentes explica el porqué de las apreciaciones vagas o genéricas sobre los daños, su tipo o especie, si patrimoniales o no, la relación de causalidad, etcétera. Tales menciones han sido una mera “cortina de humo” para esconder otra intencionalidad: dar cabida al castigo, a la punición, a la evitación del uso de la libertad de prensa. Y por esa vía torcida, llegar a una condena sin proporcionalidad con los perjuicios, a una sanción de monto millonario que, como hemos dicho y reiterado, se justifica en alguna medida, cuando se busca castigar y no cuando se pretende reparar. Empero, vale decirlo en los países donde el daño punitivo “existe legalmente”, se busca colocar topes o límites, para evitar condenas sancionatorias desmedidas. La represión o el castigo también requiere razonabilidad y no puede, por tanto, ser de magnitud extrema.

8.9. Los jueces no pueden fijar la indemnización a su libre querer o entender, sin adoptar pautas razonables.-

Lo expresado puede resumirse diciendo que la arbitrariedad, la decisión infundada, caprichosa, “porque se me ocurre” o “da la gana”, no tiene cabida ni vigencia en las decisiones judiciales. Que una sentencia que condena a pagar la suma que discrecionalmente fijan los jueces, sin atender a parámetros de razonabilidad, prudencia y equidad, es una sentencia nula, sin valor alguno. Mera apariencia de sentencia.

Los jueces hacen el Derecho para el caso, pero este hacer “no es libre”, sin límites o cortapisas; hacen el Derecho del caso a partir del ordenamiento vigente, de la Constitución y las leyes del país. De ahí que sea un deber del juzgador dar razón de sus dichos, explicar sus decisiones, fundar sus condenas. Y en temas de daños decir cuáles se manda reparar, con qué sumas de dinero, con base en qué estimaciones. Lo contrario, sentenciar a pagar tanto o cuanto porque se me ocurre, es un “abuso del Poder Judicial”, un uso extremo e injustificado del derecho a dictar una condena.

8.10. *La arbitrariedad campea en las determinaciones caprichosas o carentes de fundamentación.-*

Podemos afirmar, sin exagerar, convencidos de ello, que las sentencias dictadas en la causa que nos ocupa, tanto la de Primera como la de Segunda Instancia, han dejado de lado, de manera palmaria y flagrante, los deberes del Juzgador, en causa de daños, que los obligan como Jueces de una República Democrática e Igualitaria, a fallar conforme al Derecho, con la mirada puesta en la Constitución Nacional, y la intención clara de hacer Justicia en el caso, “dando a cada uno lo suyo”: a la víctima una indemnización razonable, y al victimario, una condena que lo fuerza a pagar los perjuicios efectivamente causados, cuantificados de manera criteriosa y justa. Reparar no es castigar, indemnizar no es punir, una condena que apunta a compensar perjuicios no puede confundirse con otra dirigida a “cambiar conductas”, “impedir juicios”, atemorizar, obstar al ejercicio de un derecho.

8.11. La calificación de las sentencias como arbitrarias y sin fundamentación alguna es la conclusión en lo atinente al resarcimiento.-

La ciudadanía espera de los Jueces: conocimiento de las leyes, respeto a las libertades, claridad en sus decisiones, fundamentos suficientes, conductas ejemplares, sometimiento a la Justicia y la Equidad. Nada de ello ocurre cuando una sentencia judicial es caprichosa, infundada, desconocedora de la índole de las sanciones, exagerada en su cuantía, pobre o mejor carente de fundamentación fáctica y legal, que dice apuntar a una finalidad y en rigor persigue otra.

Estamos convencidos de que estas críticas son las que cabe aplicar en la causa que nos ocupa. Hubiéramos preferido no caer en expresiones de tanta dureza, pero no podemos silenciarlas. Volvemos a insistir: reparar no es castigar, una condena compensatoria no se debe confundir con una condena represiva. La indemnización, en los daños patrimoniales, enmienda la pérdida material, y en los extrapatrimoniales, procura atenuar o borrar los padecimientos. En ningún caso, se busca castigar al dañador.

9. Conclusiones

Por todo lo expuesto y en consideración a las constancias de la causa penal, llegamos a las siguientes conclusiones:

1. La responsabilidad por los delitos penales, al igual que la que se desprende de los ilícitos civiles, debe establecerse sobre la base de los daños efectivamente reclamados y probados indubitadamente.

2. En autos no se han reclamado específicamente perjuicios patrimoniales, ni los denominados “daños emergentes” ni los llamados “lucros cesantes”.

3. Lo peticionado por el querellante, en su calidad de víctima de injurias o calumnias, es la reparación de los daños al honor, al buen nombre, al prestigio, a la fama, a la honra, vale decir daños extrapatrimoniales o morales.

4. La reclamación alcanza a personas “ajenas” a las publicaciones cuestionadas, que no son sus autores, ni pueden razonablemente calificarse como “cooperadores”, “coadyuvantes”, “cómplices” o “encubridores”. De donde la sentencia de condena es, a su respecto, injusta.

5. Los daños extrapatrimoniales reclamados no han sido objeto de demostración o prueba alguna; el querellante se limita a mencionar dichos menoscabos o lesiones.

6. Si bien la doctrina habla de la “elocuencia” de tales menoscabos morales –daños *in re ipsa*– no es menos cierto que respecto de su incidencia en la personalidad, de las consecuencias que de ellos se desprenden, debe producirse una prueba que oriente al juez en la cuantía de la reparación, en su traducción dineraria.

7. No pueden caber dudas acerca de que la suma peticionada por el querellante es harto exagerada, se puede decir que absurda o sin precedentes en el Derecho latinoamericano.

8. Las legislaciones de nuestros países, ubicadas dentro del sistema del *civil law*, se orientan a una determinación económica a la vez equitativa y prudencial. No apuntan al “enriquecimiento” del damnificado, a su cambio de situación económica, al otorgamiento, sin más, de una fortuna.

9. Los parámetros que se utilizan para la traducción en dinero de un daño no patrimonial tiene que ver con el denominado *pretium doloris*, el esfuerzo por encontrar un “equivalente al dolor”, que lo haga desaparecer o lo calme; con una “compensación dineraria equitativa”.

10. La reparación o el resarcimiento del daño extrapatrimonial no puede confundirse, de manera alguna, ni siquiera aproximarse al llamado “daño punitivo”, a la *multa ci-*

vil, vale decir a una condena dineraria que apunte a “castigar” o “sancionar” y no a reparar o resarcir.

11. En la especie, la petición inadmisibles de ochenta millones de dólares, con carácter punitivo, de multa o de “pena privada”, es extraña o ajena a nuestros sistemas jurídicos y a los ordenamientos latinoamericanos.

12. Los jueces, al fijar la traducción económica o dineraria de un daño no patrimonial, deben prestar atención a los precedentes judiciales, a los criterios expuestos por la doctrina y, sin dudar, a la ubicación del país y a la realidad económica de sus habitantes.

13. Ochenta millones de dólares, no hesitamos en afirmarlo, tanto para Ecuador como para Argentina, es una suma escandalosa por lo abultada, que abandona la función reparadora para “castigar”, conduciendo a la insolvencia de quien debe pagarla, o “enriquecer”, modificando la situación patrimonial del que es su beneficiario.

14. La libertad de prensa, el derecho a informar y a opinar, está consagrada en nuestras Constituciones y en los Tratados Internacionales que hemos celebrado. La condena al pago de una suma varias veces millonaria, no inspirada en el derecho de una víctima a ser reparada, da la sensación de motivarse en la pretensión de desconocer o atacar esa libertad, al exceder lo razonable en el caso.

Santa Fe, 5 de diciembre de 2011

JORGE MOSSET ITURRASPE

