

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA EXPEDIDA EN EL CASO “EL GRAN HERMANO”

ANALYSIS OF THE DECISION ISSUED IN THE CASE “THE BIG BROTHER”

Santiago Guarderas Izquierdo *

Resumen: Este artículo presenta un análisis sucinto de la sentencia dictada dentro del caso conocido como “El Gran Hermano” con particular énfasis en los aspectos en los que el fallo incurre en errores jurídicos. Se parte de una revisión objetiva que no anticipa un criterio respecto de la responsabilidad determinada para los demandados. Por el contrario, se centra en aquellos elementos que restan mérito a la decisión y sus fundamentos que no son compatibles con el régimen jurídico aplicable, aun con independencia de la decisión de fondo. Temas como la prejudicialidad en asuntos de indemnización de daños y perjuicios derivados de un delito, la naturaleza de la responsabilidad de los coautores de un delito o cuasidelito, el concepto del monto de la reparación en caso de daños morales y su forma de cuantificación, las diferencias entre daño moral y daño patrimonial y la necesidad de usar el método de ponderación en eventos de colisión de derechos son abordados doctrinaria y jurisprudencialmente con ocasión de los criterios expuestos por el juez que conoció de la causa en la sentencia. Aunque el fallo no se ejecutó porque el actor desistió de la demanda, conmovió las esferas judiciales por las partes contendientes en el juicio: el Presidente de la República y dos periodistas.

Palabras clave: Daño moral, prejudicialidad, solidaridad, indemnización, libertad de expresión

* Dr. Santiago Guarderas Izquierdo, Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (Quito). P.O. Box: 17-01-600. smguarderas@quevedo-ponce.com

Abstract: *This article presents a brief analysis of the decision issued in the case known as “The Big Brother” with particular emphasis in the aspects in which the decision incurs in juridical errors. It departs from an objective revision which does not anticipate an opinion regarding the responsibility determined for defendants. On the contrary it is focused in those elements lessening merits to the decision and its grounds which are not consistent with the applicable juridical system, even independently from the main decision. Subjects such as the requirement of prejudication in matters of indemnity in case of damages derived from a crime, the nature of the liability of the co-perpetrator of a crime or quasi crime, the concept of the amount of repair in case of moral damages and its way of establishing the amount, the differences between moral damage and patrimonial damage and the necessity to use the method of carefully consideration in the events of conflict of rights are approached by the doctrine and jurisprudence with the occasion of the opinions issued by the judge trying the case in the decision. Even though the judgment was not executed since plaintiff abandoned the action, it disturbed the judicial spheres because of the litigating parties: the President of the Republic and two journalists.*

Key words: *Moral damage, requiring prejudication, solidarity or several liability, indemnity, freedom of expression*

Fecha de recepción: 22-08-2013

Fecha de aceptación: 30-09-2013

Fecha de publicación electrónica: 26-10-2013

Sumario. *I. El caso Gran Hermano. II. La acción de daños y perjuicios derivados de un delito penal requiere una sentencia declaratoria previa en lo penal. III. Los coautores de un delito o un cuasidelito civil responden solidariamente. IV. Las denuncias sobre actos de corrupción no exigen ninguna clase de prejudicialidad. V. La cuantificación de la indemnización no se ha motivado. VI. La jueza no aplicó el método de la ponderación. VII. Conclusiones. Referencias.*

I. EL CASO GRAN HERMANO

El Econ. Rafael Correa Delgado dedujo ante la Jueza Quinta de lo Civil una acción por daño moral en contra de los periodistas Juan Carlos Calderón Vivanco y Christian Gustavo Zurita Ron sobre la base de ciertas afirmaciones contenidas en la obra titulada “El Gran Hermano” que le habrían provocado perjuicios de naturaleza extrapatrimonial.

En su fallo, al aceptar la demanda, la Jueza expresamente admitió que el economista Correa (énfasis añadido):

“(H)a presentado su demanda por reparación de daño moral, y alega que ha sido objeto de *injuria y calumnia* por parte de los demandados Juan Carlos Calderón Vivanco y Christian Gustavo Zurita Ron, debido a la publicación del libro “El Gran Hermano, historia de una simulación”, el mismo que le ha causado ‘una gran humillación, grave aflicción social y moral y desprestigio frente a todos los ecuatorianos y lectores en general; afirma que ‘el libro a más de contener hechos falsos, menoscaba, hiere, mancilla [su] dignidad’; que ‘conscientes de sus falsas aseveraciones, [le] *están imputando el cometimiento de varios ilícitos, entre otros, delitos contra la administración pública, prevaricato, abuso como funcionario público, violación a la Constitución, etc...* [sic]” (considerando séptimo, pág. 16).

A pesar de este reconocimiento y, con un lenguaje confuso, estableció que:

“(L)a acción de indemnización por daño moral no es prejudicial es decir, no depende de que previamente se hubiere iniciado o no un juicio penal por el hecho que motiva la acción de daño moral. Los casos de prejudicialidad, civil de penal o viceversa, son taxativos y fuera de los señalados en la Ley, no existen otros” (considerando noveno, pág. 18).

Por las razones que se exponen en este artículo, la conclusión y la motivación de la Jueza, carecen de sustento en el régimen jurídico ecuatoriano que regula la responsabilidad civil extracontractual.

II. LA ACCIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE UN DELITO PENAL REQUIERE UNA SENTENCIA CONDENATORIA PREVIA EN LO PENAL

Conforme lo ha determinado la ex Corte Suprema de Justicia los hechos ilícitos se clasifican en delitos y cuasidelitos. Los primeros, son aquellos realizados con dolo, esto es, con la intención positiva o manifiesta de causar o provocar el daño; en tanto que, los segundos, son cometidos con culpa o negligencia pero no con intención de dañar. Los delitos se subclasifican, a su vez, en delitos civiles y delitos penales¹. Los penales se caracterizan por el hecho de encontrarse tipificados y sancionados en la ley penal, mientras que, los civiles, no lo están².

Al tratarse de indemnizaciones por responsabilidad extracontractual (esto es, diferentes a un contrato), la distinción entre delito civil y delito penal es importante a efectos de determinar la competencia y el procedimiento a seguirse en el uno o en el otro supuesto. “Tratándose del cobro de indemnizaciones civiles *derivadas de un delito penal debe preceder resolución del Juez de Garantías Penales*”, conforme a las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Penal (artículos 31 y 41).

Por ello, si la propia Jueza admitió que las conductas en que incurrieron los demandados configuraban injuria y calumnia, (no

¹ Gil Barragán Romero ilustra que el delito penal es típico, el civil no lo es; en el primero hay violación al Derecho público, mientras que en el segundo se atenta solamente contra un interés privado. La acción para perseguir el delito penal corresponde al Estado aunque también puede ejercerla el perjudicado, la acción civil corresponde únicamente a la víctima, el objeto de la acción pública es la defensa de la sociedad, en cambio, el propósito de la acción es la reparación del daño causado, en beneficio de la víctima (cfr. Barragán Romero, 1995, págs. 44-45).

² Cfr. Caso 79-2003 de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia.

solamente porque así expresamente lo señaló el actor en la demanda sino porque, cuando él advirtió que le estaban imputando la comisión de varios delitos implícitamente estaba alegando que los demandados le habían injuriado), reconoció, a la luz del régimen jurídico aplicable, la necesidad de que, en este caso, un juez competente (el de garantías penales) declarara que esos delitos existieron y fueron cometidos por los periodistas demandados³.

Como explícitamente lo reconoció la Jueza, los casos de prejudicialidad de lo civil a lo penal y, viceversa, están previstos en la ley. El caso Gran Hermano, por la forma en que se planteó la demanda, requería previamente, para que procediera la acción civil, de una condena penal firme. En efecto, el último inciso del Art. 41 del Código de Procedimiento Penal dispone que: “No podrá demandarse la indemnización civil derivada de la infracción penal mientras no exista una sentencia penal condenatoria ejecutoriada que declare a una persona responsable de la infracción”.

No podía la Jueza, por no tener la competencia para ello, en razón de la materia, declarar la existencia de un delito penal que, a su vez, constituye el requisito de procedibilidad indispensable, para que la referida Jueza pudiera conocer de la acción civil planteada.

³ Así lo ha resuelto la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil ex Corte Suprema de Justicia. Cfr. Caso 6-2008, donde se lee:

“En tal virtud, cuando se invoque como fundamento de la acción de daño moral la comisión de un delito perpetrado por quien debe la reparación, entre ellos especialmente por injuria, violación, estupro, atentado al pudor, detención arbitraria, no podrá demandarse la indemnización civil de daños y perjuicios, así como la de daño moral, mientras no exista una sentencia penal condenatoria firme, que lo declare responsable penalmente de la infracción, al tenor del inciso final del Art. 17 del Código de Procedimiento Penal (Ley 134 PCL R. O. Nro. 511: 10.6.83)”.

El artículo 41 del Código de Procedimiento Penal hace una distinción igualmente importante pues ordena que:

“Las sentencias ejecutoriadas en los procesos civiles no producen el efecto de cosa juzgada en lo penal, excepto las que deciden las cuestiones prejudiciales en el artículo anterior. Las sentencias ejecutoriadas en los procesos penales, producen el efecto de cosa juzgada, en lo concerniente al ejercicio de la acción civil, sólo cuando declaran que no existe infracción o, cuando existiendo, declaran que el procesado no es culpable de la misma. Por tanto, no podrá demandarse la indemnización derivada de la infracción penal mientras no exista una sentencia penal condenatoria ejecutoriada que declare a una persona responsable de la infracción” (énfasis añadido).

Los casos de prejudicialidad civil para el ejercicio posterior de la acción penal, están taxativamente enumerados en la ley, la situación opuesta, esto es, de lo penal a lo civil, opera en función de un principio genérico de procedibilidad.

En efecto, estos últimos están basados en la necesidad de que exista una sentencia penal condenatoria y ejecutoriada respecto de cualquier infracción penal previo al ejercicio de la acción civil de daños y perjuicios.

Si la Jueza, en base de los hechos y fundamentos jurídicos en que se apoyó el actor, encontró que las conductas de los demandados se encuadraban dentro de tipos penales, era necesario que primeramente se obtenga del juez competente, esto es, del juez de garantías penales, la declaratoria de responsabilidad penal.

El artículo 2232, inciso segundo, del Código Civil, manda que:

“(D)ejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación [léase indemnización] quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación (...)”.

Ha de entenderse que quien es declarado culpable de un delito penal de injuria en sentencia condenatoria está obligado,

junto a las indemnizaciones por daños y perjuicios patrimoniales, a la indemnización por daño moral. Sin embargo, para el ejercicio de cualquiera de las referidas acciones civiles, como se ha dicho, se requiere, previamente, de la sentencia penal condenatoria ejecutoriada.

III. LOS COAUTORES DE UN DELITO O UN CUASIDELITO CIVIL RESPONDEN SOLIDARIAMENTE

El artículo 2217 del Código Civil ordena que “si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será *solidariamente responsable* de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito, salvo las excepciones de los Arts. 2223 y 2228”⁴ (énfasis añadido).

Si el supuesto hecho ilícito lo cometieron conjuntamente los señores Juan Carlos Calderón y Christian Zurita, coautores del libro “El Gran Hermano” en el que, según la jueza, se ha ejercido de una manera inconstitucional el derecho a la libertad de expresión e información, la condena derivada de la responsabilidad civil extracontractual de los dos demandados debió ser solidaria respecto de un mismo monto y no, como ilegalmente lo estableció la Jueza, un monto para cada uno de los autores (cfr. Alessandri Rodríguez, 2005, pág. 351).

IV. LAS DENUNCIAS SOBRE ACTOS DE CORRUPCIÓN NO EXIGEN NINGUNA CLASE DE PREJUDICIALIDAD

La Jueza, en la sentencia, se empeñó en evidenciar la independencia de la acción civil de indemnización por daño moral

⁴ Artículos del Código Civil relativos a los daños causados por los dependientes y de una cosa que cae o se arroja desde la parte superior de un edificio, respectivamente.

de la acción penal relativa a la injuria por lo que, sin hacer la distinción entre el delito civil del delito penal, señaló que la acción de indemnización de daño moral no está supeditada a que exista previamente una sentencia penal condenatoria que declare la injuria. Inclusive citando una jurisprudencia de la Corte Suprema destacó que “(...) en la norma especial sobre el daño moral no se ha establecido esta prejudicialidad que, de haberla querido el legislador, la habría requerido expresamente”. Sin embargo, contradictoriamente, pretendió encontrar una suerte de prejudicialidad cuando exigió que el acto de corrupción que denunciaron los demandados en el libro “haya sido verificado por los diferentes organismos de control”. Lo dicho implicaría que si no existe una resolución firme de la Contraloría o de cualquier otro órgano de control, ningún acto de corrupción se podría denunciar pues darían origen a daño moral. El régimen normativo no prevé esa clase de prejudicialidad que ha sido creada artificiosamente en la sentencia.

V. LA CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN NO SE HA MOTIVADO

Aunque la Jueza reconoció que “en nuestro sistema jurídico queda a prudencia del juez el fijar el monto de la reparación por daño moral, lo cual dice, lo hará [el juez] aplicando las reglas de la sana crítica” (considerando décimo quinto, pág. 25), confunde sana crítica con arbitrariedad⁵ y no explica las razones por las que, en este caso, condena a los demandados a pagar la cantidad total de dos millones de dólares.

Señala, obiter dictum, que la suma determinada por el actor en su demanda es el monto máximo o “techo” sin que el juzgador

⁵ Eduardo Couture señala que “El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente” (1951, pág. 175).

pueda exceder —en su sentencia— de esa suma. Se infiere, por lo mismo, que puede fijar un monto inferior pero ha de entenderse que, en cualquier caso, debe haber una adecuada motivación sobre la pertinencia de ese monto en función de los parámetros legales.

En la sentencia, la jueza se limita a expresar, de modo genérico (y sin que se haya probado) que el economista Correa se vio obligado a “emprender en diferentes gastos, honorarios profesionales, y afectar su legítima vida de su hogar, en su entorno familiar, a nivel nacional e internacional” (considerando décimo quinto, pág. 26). Ignora, con esa aseveración, la elemental distinción entre daño patrimonial y daño moral.

La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia ha explicado las diferencias entre daño moral y patrimonial en los siguientes términos:

“Comúnmente, al daño se le clasifica en material y moral, cada uno de los cuales goza de identidad propia y autonomía. Igualmente, no resultan excluyentes entre sí en el marco de un único evento dañoso; muy por el contrario, en la mayoría de las veces se presentan ambos. El daño material existirá siempre que se cause a otro un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades. Es aquel que se ocasiona al patrimonio material de la víctima, como conjunto de valores económicos. El daño material, con menoscabo del patrimonio material en sí mismo, puede dividirse en daño emergente y lucro cesante. El primero es la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, con un empobrecimiento del patrimonio, que es el perjuicio efectivamente sufrido. El segundo implica la frustración de ventajas económicas esperadas, o sea, la pérdida de ganancias de las cuales se ha privado al damnificado. El daño moral es todo sufrimiento o dolor que se padece independientemente de cualquier repercusión de orden patrimonial material. Se traduce en la lesión a las afecciones íntimas del damnificado. Daño moral es el que lesiona el conjunto de facultades del espíritu, o como se suele denominar usualmente, aunque con cierta impropiedad, el “patrimonio moral” del damnificado, o sea al conjunto de aquellas características o condiciones que dan forma a la personalidad, todos los activos intelectuales y espirituales de las cuales se ha ido nutriendo la persona en el transcurso de los años” (Caso 229-

200 de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, publicado en el R.O. 43 de 19-III-2003, considerando vigésimo).

La suma de indemnización de daño moral está sometida, por tanto, a un estricto deber de motivación respecto del ejercicio de la prudencia del juez. Así, debió revelar la jueza, cómo la gravedad de la falta y del perjuicio, según los hechos del caso, determinaron un monto tan importante en función de las reglas de la lógica y de la experiencia. Así mismo, le correspondía explicar las razones por las que, en este proceso, la reparación del daño ameritaba un resarcimiento considerablemente más alto que las impuestas por la ex Corte Suprema y la actual Corte Nacional de Justicia, a nivel nacional, y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a nivel internacional, para eventos más graves como cuando se trata de daños a bienes jurídicos como la vida y la integridad personal⁶.

VI. LA JUEZA NO APLICÓ EL MÉTODO DE LA PONDERACIÓN

Habiendo de por medio una colisión entre el derecho a la información y el derecho al honor, la Juez debió aplicar el método de ponderación⁷ para resolver la controversia y no limitarse tan

⁶ Cfr. el siguiente caso ante la Corte Interamericana: caso *Consuelo Benavides vs. Ecuador* y el caso ante la Corte Nacional de Justicia de Ecuador; caso *Deifilio Larriva y Teresa González (padres de Guadalupe Larriva) et. al vs. Estado ecuatoriano*.

⁷ De conformidad con el numeral 3 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la técnica de la ponderación consiste: “en establecer una relación de preferencia entre principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

solo a aseverar, con base al juramento deferido del Presidente, al único que, por cierto, le dio valor probatorio, que “al efectuar la afirmación constante en la página 199 del Libro “El Gran Hermano”, de que “el Presidente sí conocía de todos los contratos de su hermano”, los demandados invaden el umbral de lo ilícito, de la ‘norma de derecho’ y llegan a inferir daño a otra persona, el actor, por cuanto emiten juicios de valor y se erigen en juzgadores”.

Conforme lo enseña el profesor Carlos Bernal Pulido “la ponderación es (...) la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas, y, por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso” (2005, pág. 97).

La aplicación de tal método implica tomar en cuenta la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación, que lamentablemente fueron ignoradas por la jueza y que no se compadece con la trascendencia del caso bajo su decisión.

La ponderación⁸, por su naturaleza, requiere un delicado ejercicio de motivación pues tendrá, indefectiblemente como resultado, sacrificar un bien jurídico protegido por el régimen jurídico en resguardo de otro que, dadas las circunstancias particulares del caso, el Juez estima que merece especial protección. Ningún derecho constitucional tiene carácter absoluto, no lo tiene el derecho a la honra ni lo tiene la libertad de expresión e información. De ahí la necesidad de ponderar. En su sentencia la Jueza Quinta de lo Civil no explica por qué, en esta causa, ha estimado que el derecho a la honra del Presidente Correa merece una protección que supera el derecho a expresarse e informar de los periodistas y el derecho de la sociedad a ser informada en general. La carencia de motivación resulta más peligrosa si se considera que el actor es una figura pública sujeta a un escrutinio

⁸ Cfr. Bazán, 2008, pág. 142.

mayor y sus actividades, por las funciones que desempeña, deben ser susceptibles de fiscalización, investigación y auditoría en todo momento⁹.

VII. CONCLUSIONES

En general, las normas de un régimen de Derecho de daños (en este caso aplicables a la responsabilidad extracontractual) están orientadas a cumplir fines que van desde los meramente reparatorios hasta los punitivos y los preventivos de futuras conductas. En la búsqueda de tales fines, adicionalmente, pretender dar contenido a los derechos así como a establecer límites para su ejercicio.

En nuestro sistema la finalidad por excelencia es la reparatoria. No se reconocen, en general, las finalidades punitiva y preventiva.

En el caso, materia de este análisis, constituye un precedente grave la calificación de ilícita de una conducta que, por el contrario, supone, el ejercicio legítimo de la libertad de expresión. Así también, sienta un antecedente nefasto, la fijación de un monto exageradamente alto de indemnización que trasluce que esa sentencia tenga una naturaleza básicamente punitiva. Esto ocasiona: 1) que se configure una circunstancia de autocensura en los periodistas, lo cual repudiada los estándares internacionales que regulan los derechos humanos, y, 2) que se arregle, por la cifra, un acto de enriquecimiento sin causa que, igualmente, comprende un efecto no deseado por el sistema de reparación extracontractual.

⁹ Cfr. los siguientes casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, párr. 103; caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, párr. 129; caso *Kimel vs. Argentina*, párr. 86.

REFERENCIAS

- Alessandri Rodríguez, A. (2005). De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Barragán Romero, G. (1995). Elementos del Daño Moral. Guayaquil: Edino.
- Bazán, V. (2008). Confluencias y fricciones entre la libertad de información y los derechos a la honra y a la vida privada. Buenos Aires: El Derecho.
- Bernal Pulido, C. (2005). El Derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Couture, E.J. (1951). Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Depalma.

Normas

Código Civil del Ecuador.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (R.O. 52 de 22-X-2009).

Código de Procedimiento Penal (Ley 134 PCL R. O. 511 de 10-VI-1983).

Jurisprudencia

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia de 2-VII-2004.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Kimel vs. Argentina*, sentencia de 2-V-2008.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, sentencia de 31-VIII-2004.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Consuelo Benavides vs. Ecuador*, sentencia de 19-VI-1998.
- Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Caso No. 79-2003 (R.O. 87 de 22-V-2003).

Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Caso 229-200 (R.O. 43 de 19-III-2003).

Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, Caso No. 6-2008 (R.O. 375 de 7-VII-2008).

Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala de lo Contencioso Administrativo, Caso *Deifilio Larriva y Teresa González (padres de Guadalupe Larriva) et. al vs. Estado ecuatoriano*, No. 139-2010, recuperado de http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/contencioso_administrativo/2012/agosto2012/Resolucion%20No.%20246-12.pdf (el 21-X-2013).

Jueza Quinta de lo Civil, Caso *Rafael Correa Delgado vs. Juan Carlos Calderón Vivanco y Christian Gustavo Zurita Ron*, sentencia de 6-II-2012. Juicio Ordinario No. 2011-0265 LS.