

# LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO *IN RE IPSA* EN LOS CASOS DE DAÑO MORAL EN LA JURISPRUDENCIA ECUATORIANA<sup>1</sup>

## THE APPLICATION OF THE *IN RE IPSA* PRINCIPLE IN CASES OF MORAL DAMAGES IN THE ECUADORIAN JURISPRUDENCE

Génesis Ariana Bermeo Gallegos<sup>2</sup>  
gbermeo@estud.usfq.edu.ec

### RESUMEN

El trabajo analiza la comprensión y aplicación del principio *In Re Ipsa* en relación a la prueba del daño moral en la jurisprudencia ecuatoriana, partiendo de sus nociones configuradoras. Es importante señalar que este principio tiene diversas formas de aplicación. El trabajo considera que la tesis más acertada es aquella que lo materializa en una presunción judicial considerando al hecho ilícito como un indicio contingente. Esto se justifica porque es necesario crear en el juez la certeza de que existe el daño mediante varios indicios aportados por el agraviado. Se concluye que esta tesis debería ser aplicada por los jueces nacionales cuando la prueba del daño moral sea compleja atendiendo a las circunstancias de cada caso, debido a que se compadece con las preceptos de la responsabilidad civil extracontractual y los relativos a la prueba (a diferencia de otras posturas, que no se ajustan a ninguno de los dos ámbitos).

### PALABRAS CLAVES

Daño moral, *In Re Ipsa*, hechos notorios, presunción judicial, indicios.

### ABSTRACT

The paper analyzes the understanding and application of the *In Re Ipsa* principle in relation to the proof of moral damages in Ecuadorian jurisprudence, for which it starts from its shaping notions. It is important to note that this principle has various forms of application. It is considered that the better thesis is the one that materializes it in a judicial presumption considering the illicit act as a contingent *indicio*. This is justified because it is necessary to create in the judge the certainty that the damage actually exists which only can be achieved by the demonstration of various *indicios* or indirect evidence. Thus, it is concluded that national judges should apply this thesis when the proof of moral damage is complex, considering the circumstances surrounding each case because it follows the rules of tort liability and those relating to evidence (unlike other positions, which do not fit into either area).

### KEYWORDS

Moral damage, *In Re Ipsa*, well-know actions, judicial presumption, indirect evidence.

---

<sup>1</sup> Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Javier Jaramillo Troya

<sup>2</sup> © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

## SUMARIO

**1. INTRODUCCION.** - **2.** Cuestiones preliminares sobre el daño moral y el principio *In Re Ipsa*.- 2.1. Naturaleza del daño moral y su certeza.- 2.2. Noción de la figura *In Re Ipsa*.- 2.3. La comprensión del principio *In Re Ipsa* en torno a la prueba del daño moral.- **3.** La materialización del principio *In Re Ipsa*.- 3.1. Primera tesis: El *In Re Ipsa* como mecanismo para relevar la prueba del daño moral.- **4.** Explicación previa a la corriente que mira al *In Re Ipsa* como una presunción judicial.- 4.1. Indicio.- 4.1.1. Indicio necesario y contingente: concepto y diferencias.- 4.2. Presunción judicial.- 4.3. Relación entre presunción judicial e indicios.- **5.** El *In Re Ipsa* materializado en una presunción judicial.- 5.1. Segunda tesis: El hecho ilícito como indicio necesario en el *In Re Ipsa*.- 5.2. Tercera tesis: El hecho ilícito como un indicio contingente en el *In Re Ipsa*.- **6.** El principio *In Re Ipsa* en la jurisprudencia ecuatoriana.- 6.1. Dificultades en temas sustantivos derivados de la aplicación del *In Re Ipsa*.- 6.1.1 De la certeza y el nacimiento de la obligación de indemnizarlo.- 6.1.2. El daño moral no es un elemento secundario en la determinación de la responsabilidad civil extracontractual.- 6.2. Efecto procesal de la aplicación del *In Re Ipsa*: la motivación pobre o nula.- **7.** La adopción de la tercera tesis como solución al problema de la aplicación del *In Re Ipsa*.- **8.** Conclusiones.-

## 1. INTRODUCCION.-

¿Se puede flexibilizar la valoración de la existencia de daño moral cuando se determina responsabilidad civil extracontractual? Parecería, a simple vista, que no. Sin embargo, debido a la naturaleza misma del daño moral, la postura predominante en la doctrina y la jurisprudencia tiende a ser menos exigente al momento de verificar su existencia<sup>3</sup>. Para justificar esta posición, se han desarrollado varios métodos que pueden guiar a los jueces en este proceso. En ese contexto, una tesis que se ha desarrollado a consecuencia de esta dificultad corresponde al principio *In Re Ipsa*, pues la idea que está detrás de esta figura es ser un mecanismo facilitador para la prueba del daño moral; a través de él se le permite a la víctima probar el daño recurriendo a prueba indiciaria.

Precisamente el carácter facilitador del principio *In Re Ipsa* en relación a la prueba del daño moral lo convierte en un medio atractivo de aplicación tanto para los litigantes como para los jueces. Así pues, la jurisprudencia ecuatoriana no ha sido una excepción, debido a que en casos de daño moral, los jueces nacionales en sus sentencias se han apoyado en el principio *In Re Ipsa* para soslayar la dificultad de verificación del daño moral.

Ahora bien, parecería con la sola lectura del concepto del *In Re Ipsa*, que es una cuestión que no presenta criterios de aplicación distintos. Sin embargo, lejos de un criterio uniforme, el *In Re Ipsa* ha sido comprendido por la doctrina y aplicado por la jurisprudencia de diversas maneras. De acuerdo a una corriente del pensamiento, este principio se relaciona con la teoría de los hechos notorios, ya que dicha teoría presume el daño moral porque lo concibe como un hecho notorio que se desprende de la concurrencia y verificación del hecho ilícito. En contraste con esta postura, se encuentran dos corrientes. Ambas adoptan como elemento común la presunción judicial y miran al hecho ilícito como un indicio que puede probar indirectamente el daño; sin embargo, el elemento diferenciador de cada tesis recae en el tipo de indicio sobre el cual se realiza su inferencia (mientras la primera se relaciona con el indicio necesario, la segunda se relaciona con el indicio contingente). De esto, nacen algunas interrogantes: ¿qué postura es la más acertada en relación con la teoría de la prueba?,

---

<sup>3</sup>Ver, Hernán Corral Talciani, *Lecciones de Responsabilidad Civil extracontractual*, segunda edición actualizada (Santiago: Editorial Thomas Reuters, 2003), sección 7 (edición electrónica).

¿qué tesis ha sido adoptada en el Ecuador? y, ¿qué efectos ha tenido la tesis adoptada por la jurisprudencia ecuatoriana?

Desde el Derecho Civil y Procesal, el presente trabajo responderá a las interrogantes señaladas. Para tal efecto, la primera sección estudiará de manera general el daño moral y el *In Re Ipsa*. En las siguientes secciones, desde un plano procesal relativo a la prueba, se abordará a profundidad cada tesis acerca de la aplicación del principio *In Re Ipsa*. Además de ello, se realizará un estudio sobre la comprensión y aplicación de este principio por la jurisprudencia ecuatoriana, a fin de identificar qué tesis ha sido aplicada en nuestro país y señalar sus consecuencias sustantivas y adjetivas. Finalmente, y sobre la base de todo lo expuesto, se indicará cuál de las tesis estudiadas consideramos que es la más adecuada para ser puesta en práctica dentro del ámbito judicial ecuatoriano.

## **2. Cuestiones preliminares sobre el daño moral y el principio *In Re Ipsa*.**

La conceptualización y la prueba del daño moral giran en torno a su naturaleza, ya que este se caracteriza esencialmente por producirse en contra de la persona misma, ya sea en su ámbito interno (daño moral subjetivo) o externo (daño moral objetivo). Por ello, la doctrina y jurisprudencia son vacilantes al proponer un concepto uniforme al respecto. Algunos autores señalan que el daño moral es solamente un dolor o aflicción sufrido, mientras que otros amplían el alcance del daño moral a otro tipo de daños que afectan directamente a la persona y no a su patrimonio. La misma divergencia se ha visto en relación a la prueba del daño moral. Así pues, hay quienes consideran que atendiendo a la naturaleza del daño moral, su prueba se debería atenuar o incluso excluir. Para ello, la doctrina ha propuesto una figura denominada *In Re Ipsa* que tiene por objeto flexibilizar la valoración del daño moral.

### **2.1. Naturaleza del daño moral y su certeza**

Conceptualizar el daño moral mediante un criterio uniforme ha sido una tarea complicada. Hay quienes siguen la concepción tradicional y original del daño moral, que se reduce al *pretium doloris*; es decir, aquella afectación que produce un dolor o sufrimiento en la órbita subjetiva de la persona. Por otra parte, la doctrina moderna ha dado un margen más

amplio a lo que se entiende por daño moral, no solo limitándolo al sufrimiento o dolor psicológico experimentado por la persona, sino extendiendo su comprensión a diversos tipos de agravios<sup>4</sup>, como las afectaciones a los derechos de la personalidad (honra, buen nombre, etc.), daños corporales, físicos, estéticos y entre otros<sup>5</sup>.

A pesar de la dificultad existente respecto de conceptualizar el daño moral mediante un criterio uniforme, si en algo coincide la doctrina, es en su naturaleza. Al hablar de la naturaleza del daño moral se dice que este se encasilla en el daño extrapatrimonial. Así, el daño moral es entendido como la afectación que recae sobre la persona en sí misma y no sobre su patrimonio. Gil Barragán, respecto del daño moral, expone lo siguiente:

[...] si el hecho ilícito no afecta el patrimonio pero ocasiona un sufrimiento a la persona en sus afecciones o en los derechos inherentes a la personalidad, hay daño moral y no material; por ese motivo se lo llama también daño extrapatrimonial<sup>6</sup>.

Para efectos del presente trabajo, el daño moral deberá ser entendido en su sentido amplio, es decir, como toda afectación extrapatrimonial que se produce a una persona.

Es importante señalar que, si bien el daño moral es un daño extrapatrimonial, no deja de ser un daño en sentido amplio y por ende, tampoco deja de ser una figura jurídica que debe cumplir con los elementos generales del daño en el régimen de la responsabilidad civil extracontractual.

En ese sentido, al igual que el daño patrimonial, para ser resarcido debe ser cierto, es decir, que haya certidumbre de que el daño efectivamente existe en los hechos ocurridos o existirá en un futuro; no hay que olvidar que la certeza no hace alusión necesariamente a la actualidad del perjuicio, pues los daños se pueden ver reflejados en un momento posterior a la producción del hecho ilícito. José García Falconí hace referencia a Arturo Alessandri y señala que “el daño moral para ser indemnizable, *debe ser cierto, esto es real*, positivo, ilícito e inmoral [...]”<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Ver, Artículo 2232, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 104, de 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R.O. 526 de 19 de junio de 2015 (Esta comprensión extensiva del daño moral es la que ha adoptado la legislación nacional. En el artículo 2232 del Código Civil ecuatoriano se refiere a diversos ejemplos de daño moral)

<sup>5</sup> Ver, Carmen Domínguez, *El daño moral* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000), 83.

<sup>6</sup> Gil Barragán, *Elementos del daño* 3ª edición (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008), 24 (edición electrónica).

<sup>7</sup> José García Falconí, *Manual teórico práctico en materia civil. Análisis jurídico de la ley No. 171 que regula la reparación por Daño Moral el Código Civil Ecuatoriano* (Quito: Ediciones Rodin, 2004), 27 (énfasis añadido).

Por consiguiente, para afirmar que un daño es cierto, la certeza del daño alegada debe ser probada en el caso que sea puesto en conocimiento al juez. La jurisprudencia chilena ha afirmado lo siguiente: “[E]n efecto sobre la prueba del daño moral [...] se requiere que el actor pruebe la verdad de sus proposiciones, esto es, que sufrió un **daño cierto o real** [...]”<sup>8</sup>.

Por tanto, el daño moral debe, como todo daño, ser cierto para ser objeto de resarcimiento. Además, la certeza no solo debe ser afirmada, sino demostrada. Es de suma importancia probar la existencia o certeza del daño moral; quien lo alega, además de probar los elementos generales de la responsabilidad civil, debe probar dentro del daño, su certeza o existencia en el caso que sea puesto en conocimiento al juez.

## 2.2. Noción del principio *In Re Ipsa*

En primer lugar, es necesario estudiar de forma general la locución *In Re Ipsa*, que traducido del latín al español significa “en la cosa misma”<sup>9</sup>. Así, esta figura aplicada en la órbita jurídica del daño moral ha sido vista como un principio<sup>10</sup> que hace alusión al hecho o elemento fáctico, pues para esta figura, la afectación se desprende de los hechos mismos<sup>11</sup>. En el caso particular del daño moral, el principio *In re Ipsa* se relaciona con el hecho antijurídico. La doctrina que se ha pronunciado respecto de esta institución indica que “el daño moral se prueba *In Re Ipsa*, vale decir se tiene por acreditado por el solo hecho de la acción antijurídica y la titularidad del accionante”<sup>12</sup>.

En esa misma línea, Alfredo Orgáz señala lo siguiente:

Cuando quien pretende la reparación del daño moral es una de las personas titulares de la acción, ella *no necesita probar en el caso que realmente ha sufrido un agravio como consecuencia del delito criminal: la existencia de este daño se tiene por acreditada por el solo*

---

<sup>8</sup> Rol No. 25.892-2001, Corte de Apelaciones de Santiago – Chile, 30 de mayo de 2001. Tomado de Hugo Cárdenas y Paulina González, “Notas en torno a la prueba de daño moral: Un intento de sistematización”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* Vol. 37, Núm. 106 (2007), 218.

<sup>9</sup> Yosimar Flores, “Hacia un teoría de la prueba de daño moral en Perú” (Tesis de grado, Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, 2018), 264.

<sup>10</sup> Ver. Gil Barragán, *Elementos del daño* 3ª edición (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008), (edición electrónica) (Barragán hace referencia al *In Re Ipsa* y lo califica como un principio)

<sup>11</sup> Ver, Gisela Pérez (coord.), *El daño moral en Iberoamérica* (Universidad Juárez autónoma de Tabasco, 2006), 41.

<sup>12</sup> Ver, Jorge Mosset Iturraspe y Norberto Novellino, *Derecho de Daños. La prueba en el proceso de daños* (Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1996). 376-377

*hecho de la acción antijurídica y por la titularidad del accionante.* Es una prueba *in re ipsa*, como suele decirse, esto es, que surge inmediatamente de los hechos mismos<sup>13</sup>.

Corral Talciani no hace una mención directa del principio *In Re Ipsa*, pero habla de él, comentando un fallo:

Se sostiene que si se conceptualiza el daño moral como una lesión o agravio de un derecho subjetivo de carácter inmaterial o inherente a la persona: "...se sigue de este concepto, como consecuencia necesaria, que la demostración de la transgresión o agravio del derecho subjetivo importa, al mismo tiempo, la prueba de la existencia del daño moral"<sup>14</sup>.

En consecuencia, lo que pretende esta figura es sostener que el daño moral surge *In Re Ipsa*, es decir, del hecho ilícito como tal, en la medida en que la víctima pruebe solamente la acción u omisión ilícita. Esta figura le permite al actor probar simplemente el hecho ilícito, pues esta institución entiende que con la prueba de este último se comprueba también la existencia del daño moral.

### **2.3. La comprensión del principio *In Re Ipsa* en torno a la prueba del daño moral**

Como se dijo anteriormente, la prueba del daño moral es una cuestión aún debatida por la doctrina y la jurisprudencia. La doctrina sostiene que valorar objetivamente el daño moral es una tarea compleja. Por ello, se han desarrollado múltiples caminos a manera de solución al respecto. Entre ellos se encuentra el principio *In Re Ipsa*.

Ciertamente la figura del *In Re Ipsa* es un mecanismo bastante sencillo al momento de valorar la existencia del daño moral, pues lo que se pretende a través de esta figura es sostener que el daño moral resulta del hecho antijurídico, una vez probado este último. Sin embargo, al momento de materializar la figura del *In Re Ipsa* en la práctica judicial, se ha identificado que existen divergencias en su forma de aplicación.

Por una parte, hay quienes la entienden o la materializan mediante una presunción judicial. Dentro de esta corriente se abren dos formas de entender esta aplicación; la primera

---

<sup>13</sup> Alfredo Orgaz, *El daño Resarcible 2ª edición* (Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1960). 259 – 260. (énfasis añadido).

<sup>14</sup> Hernán Corral Talciani, *Lecciones de Responsabilidad Civil extracontractual*, segunda edición actualizada (Santiago: Editorial Thomas Reuters, 2003), sección 7 (edición electrónica).

concibe al hecho ilícito como un indicio necesario, mientras que la segunda enfoca su estudio en los indicios contingentes.

En contraste, otros llegan al extremo de sostener que el *In Re Ipsa* es una forma de relevar efectivamente a la víctima de la prueba del daño moral por considerarlo evidente, sin que sea necesario demostrarlo.

Este tipo de discordancias conducen a un problema más profundo, ya que no conocer la esencia del principio conlleva a errores en materia probatoria que serán estudiados a lo largo de este trabajo. Por eso, es de suma importancia estudiar las teorías planteadas a fin de encontrar el verdadero sentido del principio *In Re Ipsa* en torno a la prueba del daño moral y finalmente contrastarlas con su aplicación en la jurisprudencia ecuatoriana.

### **3. La materialización del principio *In Re Ipsa***

Se han identificado principalmente tres tesis respecto de la aplicación del principio *In Re Ipsa*. La primera tesis se apoya en la teoría de los hechos notorios, debido que mira al daño moral como un hecho notorio que se produce de la acción u omisión ilícita. La segunda y tercera tesis se relacionan con la figura de la presunción judicial a base de indicios, con la diferencia de que la segunda concibe al hecho ilícito como un indicio necesario, mientras que la tercera lo mira como un indicio contingente.

En tanto que la primera tesis es más radical debido a que releva a la víctima de la prueba del agravio por considerar a este notorio o evidente, la segunda y tercera tienden a ser más conservadoras en relación a la teoría general de la prueba, ya que son simplemente una forma de flexibilizar la valoración del daño moral.

Antes de continuar es necesario informar al lector que la segunda y tercera tesis serán abordadas en capítulos separados, debido a su extensión.

#### **3.1. Primera tesis: El *In Re Ipsa* como mecanismo para relevar la prueba del daño moral**

La primera tesis respecto de la aplicación del principio *In Re Ipsa* se apoya en la teoría de los hechos notorios. Bajo esta corriente, el *In Re Ipsa* es una forma de concebir los daños



morales como hechos notorios de la sola producción del hecho ilícito. En otras palabras, lo que se ha señalado es que es notorio que determinadas actuaciones ilícitas producen un daño moral y por ello no es necesario comprobarlo. Mediante esta postura es claro que se produce una exoneración de la prueba del daño moral. Esta forma de ver al *In Re Ipsa* no ha sido mayormente estudiada. No obstante, se han identificado algunos autores que se refieren a esta postura.

Así por ejemplo, la doctrina salvadoreña respecto del principio en cuestión, explica que en determinados casos el hecho ilícito produce un daño moral que es notorio y en consecuencia no será necesaria su prueba:

Ha habido dos posturas sobre los daños morales, una según la cual no se requiere prueba [...] Bajo el primer supuesto, basta con probar el acto u omisión que produce el daño, no el daño mismo porque este sería evidente a partir de que es notorio que determinados hechos producen sufrimiento<sup>15</sup>.

Otros autores han señalado que el hecho dañoso, “en los demás casos en los que la *alteración del bienestar sea notoria- se considera que el mismo es prueba in re ipsa del daño moral*”<sup>16</sup> y por ende no deberá ser probado.

Esta forma de comprender al principio *In Re Ipsa* despierta dos principales críticas:

El primero es que reduce el daño moral a una concepción del precio del dolor. [...] *El segundo problema de la postura a favor de que no se necesita prueba, es que considera a la doctrina de los actos notorios y evidentes en general, estableciendo una presunción abstracta de daño, cuando la notoriedad o evidencia de un hecho debería establecerse para cada caso*<sup>17</sup>.

Respecto de esta aplicación, además de las críticas señaladas en el párrafo anterior, hemos identificado un problema más profundo. Bajo esta tesis, la forma del ver al principio *In Re Ipsa* es contradictoria con su concepto mismo que señala que el daño moral se prueba

---

<sup>15</sup> Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social FUSADES, *La inminente y compleja tarea de regular el daño moral en El Salvador: aspectos a tener en cuenta*. Análisis legal e institucional No. 175 (La Libertad: Ediciones legales, 2015), 8.

<sup>16</sup> Gabriel Stiglitz, Ana Gandolfo y Ariana Soncini, *Resarcimiento del daño moral civil, comercial y laboral* (Santa Fe: Editorial Juris, 1999), 158. Tomado de Nicolás Martínez Benavides, “Análisis de la presunción de daño moral que beneficia a ciertas víctimas indirectas en la jurisdicción contenciosa administrativa colombiana”, *Revista Derecho del Estado* 42 (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018), 187. (énfasis añadido).

<sup>17</sup> Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social FUSADES, “La inminente y compleja tarea de regular el daño moral en El Salvador: aspectos a tener en cuenta”. *Análisis legal e institucional No. 175* (La Libertad: Ediciones legales, 2015), 8 (énfasis añadido).

a través de la acreditación del hecho ilícito. Esto último permite entender que el daño moral en la práctica sí requiere de prueba y su prueba es justamente la acción u omisión ilícita.

Sin embargo, esta tesis al sustentarse en la institución de los hechos notorios<sup>18</sup>, y considerar al daño moral como uno, permite exonerar su prueba, lo cual no guarda relación alguna con la noción tradicional del principio *In Re Ipsa*. Se puede concluir que, si bien esta tesis se apoya de alguna forma en el concepto del principio señalado<sup>19</sup>, se acerca más a la institución de los hechos notorios. Así, desde la óptica de esta tesis el *In Re Ipsa* se desnaturaliza, pues llega a una posición radical de afirmar que el daño moral no necesitaría de ningún tipo de prueba.

Incluso dentro del campo de los hechos notorios, esta tesis carece de un argumento sólido, porque de acuerdo con Devis Echandía los hechos notorios tienen lugar cuando:

En resumen, creemos que hay notoriedad suficiente para eximir de prueba a un hecho, sea permanente o transitorio, cuando en el medio social donde existe o tuvo ocurrencia y, en el momento de su apreciación por el juez, sea conocido generalmente por las personas de cultura media en la rema del saber humano a que corresponda<sup>20</sup>.

En otras palabras, el hecho notorio hace alusión a la publicidad del mismo. Para que exista un hecho con tal cualidad es necesario que este, sea conocido ampliamente por las personas (como por ejemplo, una verdad científica o un hecho histórico de determinado lugar). Esto no guarda relación alguna con la existencia del daño moral; en ningún sentido, el daño moral es una cuestión fáctica que se encuentre generalizada o sea conocida ampliamente, es un perjuicio sufrido por una persona en concreto y además, es un elemento de la responsabilidad civil cuya existencia deberá ser observada y analizada de acuerdo a las circunstancias de cada caso.

En consecuencia, esta tesis no solo que se aleja de la noción original del *In Re Ipsa* al poner énfasis en la teoría de los hechos notorios, sino que, incluso adoptando esta teoría, el principio estudiado sigue presentando falencias en cuanto a lo que señala aquella.

---

<sup>18</sup> En el sistema nacional, por ejemplo, la norma procesal prescribe los casos en los que no se necesita probar un hecho alegado y señala que uno de ellos son los hechos notorios. Por tanto, la legislación nacional frente a hechos notorios, excluye su prueba. Es necesario mencionar que el COGEP no define a los hechos notorios) *Ver*, Artículo 163, Código Orgánico General de Procesos [COGEP], R.O. Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015.

<sup>19</sup> En el sentido de que necesita de la prueba hecho ilícito para sostener que con él se producen daños morales notorios.

<sup>20</sup> Hernando Devis Echandía. *Teoría General de la prueba judicial Tomo I*. (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2015), 219.

#### **4. Explicación previa a la corriente que mira al *In Re Ipsa* como una presunción judicial**

Con el objeto de abordar la corriente de pensamiento que materializa al *In Re Ipsa* en una presunción judicial, que a su vez presenta dos vertientes de comprensión, es necesario primeramente plantear el tema de los indicios, presunciones judiciales y la relación que existe entre ambas desde la óptica de la teoría general de la prueba.

##### **4.1. Indicio**

Respecto del indicio, Taruffo ha señalado que:

[...] indicio” hace referencia al “hecho conocido” o la “fuente” que constituye la premisa de la inferencia presuntiva: así pues, es un indicio cualquier cosa, circunstancia o comportamiento que el juez considere significativo en la medida en que de él puedan derivarse conclusiones relativas al hecho a probar<sup>21</sup>.

Con un criterio similar, Echandía sostiene que el indicio es “el hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido [...] Es decir, el indicio es el hecho indicador del cual se infiere la existencia del hecho indicado (desconocido)”<sup>22</sup>. Y, sobre la naturaleza del indicio, señala que este es un medio de prueba indirecto<sup>23</sup>. Es indirecto por cuanto:

[...] tiene por objeto un hecho particular que si bien no califica como el supuesto de hecho de la consecuencia jurídica pretendida, por sí solo o en conjunción con otros, sí nos sirve para inferirlo, por medio de las reglas de la ciencia o la experiencia<sup>24</sup>.

Por tanto, el indicio es entendido como aquel elemento que va a indicar si la situación que se investiga efectivamente ocurrió o no en la realidad. Este indica la posibilidad de algo, es decir, de estar ligado con el hecho que se quiere probar. De por sí el indicio es un medio probatorio en sí mismo, ya que tiene por objeto probar indirectamente la existencia del hecho desconocido.

---

<sup>21</sup> Michele Taruffo, *La prueba de los hechos* [Trad. Jordi Ferrer Beltrán] (Madrid: Editorial Trotta, 2002), 480.

<sup>22</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la prueba judicial Tomo II* (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2015), 587.

<sup>23</sup> *Id.*, 591

<sup>24</sup> Roger E. Zavaleta, “Razonamiento probatorio a partir de indicios”, *Revista de Derecho & Sociedad* No. 50 (2018), 201.

Entonces, si es que a través del indicio se pretende determinar si existe o no el hecho indicado, habrá algunos indicios que presenten una fuerza de convicción mayor que otros. La doctrina ha diferenciado principalmente dos tipos de indicios: los necesarios y los contingentes, de los cuales se hablará a continuación.

#### **4.1.1. Indicio necesario y contingente: concepto y diferencias**

Por un lado, los indicios necesarios tienen lugar cuando:

[...] uno solo baste para producir el convencimiento, en razón de que supone indispensablemente el hecho indicado, por corresponder a una ley física inmutable, de causalidad necesaria”<sup>25</sup>.

En esa misma línea, Enchadía explica que:

Se entiende por indicio necesario, *el que de manera infalible e inevitable demuestra la existencia o inexistencia del hecho investigado [...]; no se trata de hacerlo muy posible o muy probable, ni que unido a otros similares formen aquella certeza, sino de darle por sí solo como algo que inexorablemente debe ser así, con independencia de cualquier otra prueba. [...] los hechos internos del hombre no pueden referirse a leyes infalibles, ya que los diversos accidentes del espíritu y el libre arbitrio, hacen que intervengan factores anómalos en contra de esas leyes, en ellos no puede encontrarse nunca un indicio necesario*<sup>26</sup>.

De ello se desprenden dos ideas. La primera es que un indicio necesario es prueba suficiente del hecho indicado y la segunda idea enseña que los hechos del ser humano (por su naturaleza), al no ser indicios necesarios son entonces indicios contingentes.

Por otro lado, el indicio contingente es aquel que no puede por sí solo, convencer al juez que el hecho indicado se ha producido o no. Por ello, para que estos indicios sean eficaces es necesario que existan al menos dos. Enchadía al respecto indica que al menos se debe hablar de una pluralidad de indicio contingentes:

[...] es lógico que uno solo represente al menos un argumento de probabilidad, más o menos mayor según las circunstancias de cada caso, de la existencia o inexistencia del hecho desconocido que se investiga, que no descarta generalmente el peligro del azar o la casualidad [...]. *Tal es la razón para que la doctrina y las legislaciones le nieguen el valor de plena prueba al indicio contingente único*<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Héctor Eduardo Leguisamón, *Las presunciones judiciales y los indicios* (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, (2006), 100.

<sup>26</sup> Hernando Devis Enchadía, *Teoría General de la prueba judicial Tomo II* (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2015), 612-613. (énfasis añadido).

<sup>27</sup> *Id.*, 636 (énfasis añadido).

En ese sentido, debe haber una pluralidad de indicios contingentes para que estos adquieran mayor peso probatorio y le permitan al juez llegar al convencimiento de que efectivamente el hecho indicado existe. Entonces, las circunstancias o factores de cada caso (en la medida que sean acreditadas) adquieren un rol importante pues a partir de ellas el juez podrá llegar a declarar la existencia o no del hecho desconocido.

#### **4.2. Presunción judicial**

Sobre la presunción judicial Domínguez señala que es “la actividad intelectual del Juez que partiendo del indicio afirma un hecho distinto relacionado causal o lógicamente con el primero”<sup>28</sup>. En ese mismo sentido, Camacho y Flor indican que:

[L]a presunción judicial no es otra cosa que el juicio lógico que el juez extrae de los hechos probados, que permiten en todo caso su deducción, con un variable grado de probabilidad o certeza<sup>29</sup>.

En esa medida, la presunción judicial no es una prueba, sino un razonamiento lógico que el juez realiza sobre los medios probatorios aportados, con el objeto de llegar a una conclusión en concreto<sup>30</sup>. La presunción *hominis* le permite al juez presumir la existencia del hecho investigado en virtud de las pruebas aportadas conjuntamente con las reglas de la lógica.

#### **4.3. Relación entre presunción judicial e indicios**

En cuanto a la relación que hay entre los indicios y presunciones, Echandía explica lo siguiente:

La presunción simple, de hombre o judicial, es diferente del indicio, como la luz lo es de la lámpara que la produce. Del conjunto de indicios que aparecen probados en el expediente, obtiene el juez las inferencias que le permiten presumir el hecho indicado, pero eso no significa

---

<sup>28</sup> Manuel Serra Domínguez, *Estudios de derecho probatorio* (Lima: Communitas, 2009), 607.

<sup>29</sup> Daniella Camacho y Jaime Flores, *Las presunciones como fundamento para dictar una sentencia de condena* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009), 47.

<sup>30</sup> En el ámbito nacional, la presunción judicial se encuentra regulada en la norma procesal. Ver, Artículo 172, Código Orgánico General de Procesos [COGEP], R.O. Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015.

que se identifiquen, porque los primeros son la fuente de donde se obtiene la segunda, aquellos son los hechos y está el razonamiento conclusivo<sup>31</sup>.

Taruffo hace referencia a la estructura de una presunción judicial al señalar que el indicio es uno de sus elementos y que “[e]ntre presunción e indicio hay, pues, la misma diferencia que se da entre un razonamiento y la premisa de hecho que le sirve de punto de partida”<sup>32</sup>.

De lo expuesto se desprende que el hecho conocido (indicio) debe ser siempre acreditado para que el juez pueda inferir, a través de las reglas de la lógica y la experiencia, la existencia del hecho desconocido. Esta inferencia que el juez realiza sobre uno o varios indicios, se conoce como una presunción judicial o de hombre. Por ello es que la presunción judicial, al ser un razonamiento lógico del juez, no es un medio probatorio o un instrumento que sirve para demostrar algo. La prueba en esta figura presuntiva es el indicio, porque este sí es un medio probatorio como tal.

En conclusión, la presunción judicial es el juicio valorativo que realiza el juez sobre los indicios, ya sean estos necesarios o contingentes, que le permiten al juez inferir con mayor o menor certeza la existencia o no del hecho que se investiga. A este último, se lo conocerá al final del resultado conclusivo como el hecho presumido.

## **5. El *In Re Ipsa* materializado en una presunción judicial**

Toda vez que se abordó la explicación previa de las presunciones judiciales y los indicios, es procedente seguir con esta corriente que, a su vez, presenta dos vertientes de comprensión.

La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia han entendido que la figura del *In Re Ipsa* se materializa a través de una presunción judicial, puesto que a través de ella se permite al juez presumir o inferir la existencia del daño moral, una vez que el actor haya acreditado el hecho ilícito. La inferencia del juzgador, en este caso, se enmarcaría perfectamente en la estructura de una presunción *hominis* o judicial. Así lo ha entendido Cavalieri Filho, que señala lo siguiente:

---

<sup>31</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la prueba judicial Tomo II* (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2015), 680.

<sup>32</sup> Michele Taruffo, *La prueba de los hechos* [Trad. Jordi Ferrer Beltrán] (Madrid: Editorial Trotta, 2002), 480.

En otras palabras, el daño moral existe *in re ipsa*; deriva inexorablemente del hecho ofensivo en sí, de tal manera que, si se demuestra la ofensa, ipso facto el daño moral se demuestra por una presunción natural, una presunción *hominis o facti*, que se deriva de las reglas de la experiencia común<sup>33</sup>.

La jurisprudencia costarricense ha manifestado que:

En lo referente a la prueba del daño moral [...] se ha admitido que tal prueba se puede lograr a través de presunciones de hombre inferidas de los indicios, ya que, el hecho generador antijurídico pone de manifiesto el daño moral, [...] por ello se dice que la prueba del daño moral existe "in re ipsa"<sup>34</sup>.

Por tanto, el principio *In Re Ipsa* no es una presunción judicial como tal, sino que se materializa a través de esta. A partir de un indicio o varios y, en conjunto con una actividad intelectual en base a las reglas de la experiencia y lógica, el juez podría llegar a presumir la existencia del daño moral.

Ahora bien, la tesis de la presunción judicial en base a indicios abarca a su vez dos sub posturas. La primera concibe al hecho ilícito como un indicio necesario, es decir, como único y suficiente elemento que, por sí solo, probaría el daño moral. En cambio, la segunda tesis es un poco más conservadora en relación a los preceptos generales de la prueba, dado que mira al hecho ilícito apenas como un indicio contingente. Bajo esta última postura, el hecho ilícito necesitará de más indicios contingentes para que el juez pueda presumir la existencia o no del daño moral.

### **5.1. Segunda tesis: El hecho ilícito como indicio necesario en el *In Re Ipsa***

Esta tesis es la que adopta a rajatabla la noción tradicional del *In Re Ipsa* explicada en las primeras secciones, dado que solo necesita de la acreditación del hecho ilícito, para probar la existencia del daño moral y así presumirlo.

Bajo esta tesis, se toma al hecho ilícito como prueba suficiente de la existencia del daño moral. En este caso, la presunción judicial compuesta del indicio necesario se observa al requerir únicamente la constatación de la acción u omisión ilícita, permitiéndole al juzgador

---

<sup>33</sup> Sergio Cavalieri Filho, *Programa de Responsabilidade Civil 4ª edição* (São Paulo: Malheiros, 2003), 102. (traducción no oficial)

<sup>34</sup> Expediente No. 00-000475-0010-CI. Tribunal Segundo Civil de Costa Rica, 28 de junio de 2001, considerando cuarto.

presumir el daño de ese solo hecho. De acuerdo a esta postura, el hecho ilícito es visto como el indicio necesario de la presunción judicial, porque por sí solo reuniría las características para probar inexorablemente la producción del perjuicio extrapatrimonial.

Por ejemplo, parte de la jurisprudencia argentina ha dicho que:

*La comisión de un acto antijurídico permite por sí sola presumir la existencia del agravio moral; es una prueba in re ipsa, surge inmediatamente de los hechos mismos. Pero aun cuando no haya que probar el daño moral es obvio que el hecho generador del sufrimiento debe ser acreditado [...]*<sup>35</sup>.

En este mismo sentido, Bonilli indica que:

*La idea, en efecto, que el perjuicio no patrimonial no necesitaría de una prueba particular resultando suficiente demostrar el hecho generador del perjuicio; la idea, esencialmente, es que estamos ante la presencia del *damnum in re ipsa* de modo que el simple hecho constituiría la prueba luminosa del daño no patrimonial [...]*<sup>36</sup>.

Se desprende de lo citado que para esta postura, el *In Re Ipsa* mira al hecho ilícito como el indicio suficiente capaz de probar la existencia de un daño moral, lo que llevaría a pensar erróneamente que la acción u omisión ilícita es el indicio necesario y por ende, la prueba fehaciente del perjuicio extrapatrimonial.

No obstante, de acuerdo con nuestro criterio, esta afirmación no se compadece con la realidad, porque de acuerdo a lo estudiado en párrafos anteriores, el accionar del ser humano nunca puede ser un indicio necesario, ya que este último correspondería solamente a leyes inmutables físicas. Así pues, claramente la acción u omisión ilícita es realizada por un individuo y constituye apenas un indicio contingente que necesita de más indicios de tal carácter, para que el juez pueda llegar a la convicción de que efectivamente la víctima sufrió o no un daño moral.

Lo dicho en el párrafo que antecede, se puede observar en los casos de un accidente automovilístico con resultado de muerte de un padre o una madre, en el que parecería que el solo hecho ilícito prueba fehacientemente el daño sufrido por un hijo. No obstante, se considera necesario que en esta situación a más de probar el hecho ilícito, el actor pruebe, por ejemplo, que tenía una relación afectiva, con el objeto de demostrar que sí se produjo un sufrimiento interno. Esto último evitaría que un hijo que nunca tuvo contacto con su padre,

---

<sup>35</sup> Causa N° 58.697. Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala I de Lomas de Zamora, Argentina, 23 de septiembre de 2004, considerando 4.a (énfasis añadido).

<sup>36</sup> Giovanni Bonilini, *Il Danno Non Patrimoniale* (Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1983), 377-378 (traducción no oficial) (énfasis añadido).



se beneficie injustamente de una indemnización a la que no debería tener derecho, en tanto no pudo haber sufrido un daño si nunca tuvo un lazo afectivo con este. Es decir, se evitaría una indemnización por daños inexistentes.

Ya lo dice Corral Talciani:

La sola transgresión de un derecho patrimonial o no patrimonial no es bastante para sostener la reparación, es necesario que se acredite que la violación ha causado un daño; una pérdida efectiva, un menoscabo de las condiciones materiales o inmateriales de la persona afectada. Sostenemos, por tanto, la vigencia del principio general de que el daño debe ser probado en el proceso. Pero la prueba del daño moral debe acomodarse a su naturaleza especial<sup>37</sup>.

Por consiguiente, la figura del *In Re Ipsa* no se debería aplicar mediante esta postura (como algunos autores han pretendido que sea) ni su hecho antijurídico es el indicio necesario de esta, peor aún un medio probatorio suficiente del daño moral. La forma en la que se ha querido aplicar esta figura es errada en tanto es contraria a lo que enseña la teoría de la prueba en relación a los indicios.

## **5.2. Tercera tesis: El hecho ilícito como un indicio contingente en el *In Re Ipsa***

Debido a las falencias que presenta la tesis anterior, se ha visto la necesidad de flexibilizar la manera por la cual el principio *In Re Ipsa* es entendido y aplicado. Así, se ha dado origen a una tercera tesis que deja la apreciación del hecho ilícito como un indicio necesario para, en lugar de ello, concebirlo a penas como un indicio contingente que necesita de más elementos para presumir la existencia del daño moral.

De acuerdo con esta tesis, el hecho ilícito sería un indicio contingente, pues necesita de la presencia de otros indicios para que en conjunto puedan dar a origen a una presunción sobre la existencia efectiva de un daño moral. Si la parte accionante pretende beneficiarse de una acción por daño moral, deberá no solo acreditar objetivamente el hecho ilícito, sino deberá aportar otros indicios para que el juez pueda o no inferir la existencia de este daño.

En Costa Rica, los jueces han entendido que el hecho ilícito necesitaría de otros elementos para que se configure una presunción judicial de daño moral. De esta manera han puesto énfasis en que el *In Re Ipsa* requiere que, además de tomar en cuenta el hecho ilícito,

---

<sup>37</sup> Hernán Corral Talciani, *Lecciones de Responsabilidad Civil extracontractual*, segunda edición actualizada (Santiago: Editorial Thomas Reuters, 2003. (edición electrónica) sección 7.

se consideren demás circunstancias y elementos, obviamente probados. La Corte Suprema de Justicia de Costa Rica señala lo siguiente:

[...] Este órgano sobre dicho tipo de menoscabo ha dispuesto que se valora *in re ipsa*, *esto supone que, partiendo del evento lesivo, y de las condiciones que rodeaban al damnificado, aplicando presunciones humanas, el juzgador puede inferir, aún sin prueba directa que lo corrobore, [...] porque resulta presumible que ante un determinado evento lesivo y las particularidades en las que se produce, el afectado les haya experimentado*. Teniéndose en cuenta que la prueba de este tipo de lesión es “*in re ipsa* [...]”<sup>38</sup>.

Autores chilenos han explicado que esta tesis se entiende así:

Para esta vertiente la misión del sentenciador será realizar una estimación y valoración de los factores que rodearon las circunstancias del hecho generador y la naturaleza de los intereses legítimos o derechos extrapatrimoniales conculcados, para de esa forma alcanzar el convencimiento acerca de la idoneidad del hecho dañoso para producir daño moral<sup>39</sup>.

De esto se observa claramente que, bajo esta forma de ver al *In Re Ipsa*, se agregan más elementos al hecho ilícito. En este caso, la prueba no gira únicamente alrededor de la acción y omisión, sino que requiere de otros indicios contingentes a fin de poder inferir el acaecimiento del perjuicio extrapatrimonial.

En el caso de un daño extrapatrimonial a los derechos de la personalidad como la buena reputación, se considera que el actor no debe demostrar únicamente el hecho ilícito, sino que debe aportar más elementos. Por ejemplo, si una persona ha sido afectada en su buena reputación por una actuación de un determinado compañero de trabajo, la prueba indiciaria es doble, la víctima puede presentar testigos que declaren: i) sobre su buena reputación anterior al hecho ilícito, y ii) sobre los efectos posteriores a este, como declaraciones tendientes a demostrar que en su trabajo, sus superiores u otros compañeros lo desprestigian o degradan a consecuencia del daño reputacional. Si bien estos solo son ejemplos, la demostración de este tipo de elementos podrían darle el juez la convicción de que existe un daño moral real que resarcir o bien descartarlo, en el caso de considerar que no hay un perjuicio efectivo y cierto.

En este caso, mediante esta nueva tesis del *In Re Ipsa* se probaría el daño a través de una verdadera prueba indiciaria compuesta, como es común, por más de un indicio. Es

---

<sup>38</sup> Expediente: 08-000208-1027-CA. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Primera, 14 de agosto de 2013, considerando octavo. (énfasis añadido).

<sup>39</sup> Iván Hunter Ampuero, “La prueba del daño moral” (Tesis de grado, Universidad Austral de Chile, 2005), 16.

necesario mencionar que lo que se está probando en estos ejemplos son hechos distintos al daño. Ciertamente, habrá casos en los que se pueda probar el daño mismo, como sucede ante un daño fisiológico; en esa circunstancia, la pérdida de un miembro corporal constituye *per se* la muestra directa del daño extrapatrimonial.

En consecuencia, bajo esta postura es cuando efectivamente los hechos (no solo uno) hablarán por sí solos; cuando las circunstancias acreditadas son varios indicios que pretenden indicar la existencia de algo a fin de que el juez pueda realizar una presunción al respeto, por tratarse de un daño moral producido *In Re Ipsa* (de los propios hechos).

## **6. El principio *In Re Ipsa* en la jurisprudencia ecuatoriana**

El origen del principio *In Re Ipsa* en Ecuador yace en la creación de la Ley No. 171, propuesta por el tratadista ecuatoriano Gil Barragán. El autor citado, en su obra titulada *Elementos del daño moral*, señala expresamente que:

La prueba del daño moral deberá ser la del hecho ilícito que lo ha provocado, el delito o cuasidelito que han afectado a bienes jurídicamente protegidos y el de la atribución del mismo al que causó el daño y los fundamentos para declararlos responsable<sup>40</sup>.

Es claro que Barragán adoptó la segunda tesis porque consideró que el hecho ilícito por sí solo permite presumir la existencia del daño moral. Para este autor la prueba de la acción u omisión ilícita importa al mismo tiempo la prueba del perjuicio moral.

A partir de aquello, la primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Ex Corte Suprema de Justicia empezó a desarrollar el concepto y comenzó a invocarlo en varios casos de daño moral que fueron sometidos a su conocimiento<sup>41</sup>. De las sentencias que serán citadas, se observa que los jueces ecuatorianos adoptaron mayoritariamente la tesis anotada sobre los indicios necesarios. Para efectos de este estudio, se identificó algunas de las sentencias emitidas por los jueces nacionales respecto de la prueba del daño moral y la aplicación del principio *In Re Ipsa*.

---

<sup>40</sup> Gil Barragán, *Elementos del Daño Moral*, Segunda Edición (Quito: Editorial EDINO, 1999), 195-196.

<sup>41</sup> Entre las sentencias que hablan del *In Re Ipsa* en casos de daño moral, también se pueden consultar, por ejemplo, las siguientes: Causa No. 331-2003, Corte Suprema de Justicia, Primer Sala de lo Civil y Mercantil, 16 de noviembre de 2004; Causa No. 126-2008, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, 04 de mayo de 2010.

Por ejemplo, entre los casos más conocidos en Ecuador por la academia, se encuentra el de la acción por daño moral iniciada por Peralta contra Bustamante. En el caso, el actor demandó por daño moral por cuanto el demandado habría expresado en una radio nacional que el Sr. Peralta fue removido de su cargo, cuando en realidad había renunciado al mismo. Esto, según el actor, le causó una afectación a su derecho a la honra; sin embargo, luego de un día de lo dicho en la radio, el demandado aclaró y rectificó esta declaración en la misma vía. Los jueces de la Sala Primera de lo Civil de la Ex Corte Suprema de Justicia, consideraron que efectivamente se produjo daño moral por cuanto se constató la sola concurrencia del hecho ilícito (“transgresión a un derecho extrapatrimonial en relación a la honra de una persona a causa de imputaciones inexactas o falsas”). Así, los magistrados aplicaron el principio *In Re Ipsa* y establecieron que:

La prueba de la lesión a bienes, derechos o intereses extrapatrimoniales incluidos los personalísimos, es por su naturaleza innecesaria, otras veces es imposible o sumamente difícil de probar: el daño moral y su intensidad pueden no tener una manifestación externa, quedan en el fondo del alma y ni siquiera exige una demostración [...] Por lo mismo, en la doctrina y en la jurisprudencia se ha concluido en que no se requiere una prueba directa de su existencia. El padecimiento se tiene por supuesto por el hecho antijurídico que lo provoca y es suficiente la valoración objetiva de la acción antijurídica. *Para las lesiones del espíritu, rige el principio in re ipsa. La prueba del daño moral deberá ser la del hecho ilícito que lo ha provocado, el delito o un cuasidelito que han afectado a bienes jurídicamente, y el de la atribución del mismo al que causó el daño y los fundamentos para declararlo responsable*<sup>42</sup>.

Sobre este caso, parecería que los jueces empiezan adoptando la tesis negativa que exonera a la víctima de probar el daño, pero ya al final de su razonamiento se apoyan en la segunda tesis para concluir que sí hubo un daño moral, en virtud de que la prueba de este es la del hecho ilícito.

Otra sentencia que se refiere al *In Re Ipsa* se halla en un caso mediático, por tener como parte procesal al expresidente de Ecuador, el economista Rafael Correa. La acción por daño moral fue iniciada en contra de Banco Pichincha por cuanto esta institución transgredió su derecho al buen nombre, principalmente “por haberle ilegítimamente registrado en la Central de Riesgos de la Superintendencia de Bancos y Seguros [...] en calidad de deudor moroso”<sup>43</sup>. El actor, para demostrar el daño moral, aportó como prueba el registro en donde constaba en

---

<sup>42</sup> Causa No. 286-2001, Ex Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 17 de abril de 2002, considerando quinto (énfasis añadido).

<sup>43</sup> Causa No. 946-2009, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil y Familia 28 de abril de 2010, sección 8.3 (énfasis añadido).

la Central de Riesgos como deudor en categoría “E”, para intentar conducir a los jueces a pensar que se ha probado el hecho ilícito y por tanto el perjuicio moral. Por su parte, el demandado indicó que: “no existe peor aún se ha probado, los tres requisitos fundamentales para que se produzca un resarcimiento por daño moral, la acción ilícita, el daño y la relación causal [...]”. Los jueces de la Corte Nacional de Justicia indicaron lo siguiente:

El padecimiento se tiene por supuesto por el hecho antijurídico que lo provoca y es suficiente la valoración objetiva de la acción antijurídica. *Para las lesiones del espíritu rige el principio in re ipsa*. La prueba del daño moral deberá ser la del hecho ilícito que lo ha provocado<sup>44</sup>.

Continúa indicando:

En la especie, *es claro que al registrar en la central de riesgos al actor, y mantener ese registro a pesar de no tener los documentos que respaldaban la obligación, se comete un acto antijurídico*, que produce daño al afectado [...]<sup>45</sup>.

En este caso se ve claramente que los jueces optan por la segunda tesis estudiada en el presente trabajo, ya que según su consideración, el registro en la Central de Riesgos como hecho ilícito probó por sí solo el daño moral en su extensión de los daños a los derechos al honor, buen nombre, etc.

Una sentencia que no se refiere expresamente al *In Re Ipsa* en daños morales, pero la aborda, corresponde a la acción seguida por el Dr. Wagner Viñán en contra de la Federación Médica Ecuatoriana, el Colegio Médico de Imbabura y otros. En resumen, el actor consideró que se le causó daño moral a consecuencia de la violación de procedimientos seguidos en contra de él, para privarle de ejercer el cargo de médico. El actor sostuvo que dicho hecho ilícito produjo:

[U]na afección de dolor, sufrimiento, padecimiento y angustia que ha tenido que soportar por los actos relatados, lo cual ha conllevado a una lesión de sus derechos extrapatrimoniales y de su personalidad misma, consecuencia de ello, le ha ocasionado un daño tanto directo como reflejado, pues su honor, su nombre, su libertad de acción, su autoridad paterna, su relación conyugal y familiar y hasta su honestidad han sido atropellados [...].independientemente de aquello y como si esto fuera insuficiente, por el ejercicio legítimo de sus derechos se le ha amenazado de muerte [...]<sup>46</sup>.

Respecto del hecho ilícito, la Sala consideró lo siguiente:

1.- Que se ha demostrado que las resoluciones de los órganos de las tres instancias disciplinarias han quebrantado el procedimiento previsto por los artículos 20, 21 y 23 del

---

<sup>44</sup> Causa No. 946-2009, sección 8.3 (énfasis añadido).

<sup>45</sup> Causa No. 946-2009, sección 8.3 (énfasis añadido).

<sup>46</sup> Causa 43-2002, Ex Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 19 de marzo de 2003, considerando segundo.

Reglamento a la Ley de Federación Médica Ecuatoriana, y por lo tanto son actos ilícitos. Que así mismo son actos ilícitos los oficios dirigidos por el Presidente del Colegio Médico de Imbabura para que se ejecute la resolución, en que se impone la sanción disciplinaria dictada en primera instancia, antes de que se halle ejecutoriada, con quebranto del artículo 24 del Reglamento de la Ley de Federación Médica Ecuatoriana. 2.- Que de las circunstancias que rodearon a estos hechos se desprende que el actor ha sufrido daño moral, o sea ha sido afectado en sus sentimientos, y 3.- Que media un nexo de causalidad entre los actos ilícitos mencionados y el daño sufrido por el actor. Es decir, se hayan cumplido los elementos concurrentes para la existencia de la responsabilidad civil prevista en los artículos 1480, 2241, 2258 y el primer artículo innumerado agregado al artículo 2258 del Código Civil<sup>47</sup>.

De esto se desprende que la Sala de la Ex Corte Suprema de Justicia introduce quizá un complemento al hecho ilícito cuando considera que, además de probar el hecho ilícito, se deberá observar y demostrar las circunstancias de aquel; sin embargo, esto no hace sino confirmar que la supuesta prueba del daño moral gira únicamente en torno al hecho ilícito, especialmente en este caso, cuando fácilmente a partir de los hechos, se observa que lo único que hizo el actor fue demostrar la actuación ilícita y no otras supuestas circunstancias alegadas. Si bien en el caso citado no se hace alusión expresamente al principio *In Re Ipsa*, se ve claramente cómo en la jurisprudencia ecuatoriana se considera al hecho ilícito prueba del daño moral.

Otra sentencia más reciente es la que fue emitida en el año 2010 por la Sala de lo Civil y Mercantil de la actual Corte Nacional de Justicia, en la acción de daño moral seguida por Eduardo Bonilla, propietario del negocio Casa Bredol, en contra de Francisco Ortiz, representante del Centro Comercial del Bosque. En este caso, el demandado cerró el negocio del actor, ya que este no había cancelado algunos valores pendientes por concepto de arrendamiento de los locales que ocupaba para el funcionamiento de su negocio. De acuerdo al actor, el cierre del negocio fue arbitrario, por cuanto el demandado abusó y se extralimitó en sus funciones como administrador del lugar. Este acto además de haberle generado descrédito comercial a su negocio, le causó a él (como consecuencia de lo primero) una “afectación espiritual, moral y síquica, y en general humillación, ofensa, angustia y ansiedad, esto es, afectación a sus bienes extrapatrimoniales”<sup>48</sup>. Los jueces consideraron lo siguiente:

Para la existencia del daño moral, no es necesario la prueba del sufrimiento humano, así se ha expresado la doctrina y la jurisprudencia. "La prueba de la lesión a bienes, derechos o intereses extrapatrimoniales, incluidos los personalísimos, es por su naturaleza innecesaria, otras veces

---

<sup>47</sup>Causa 43-2002, considerando décimo segundo.

<sup>48</sup>Causa 194-2009, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, 10 de mayo 2010, considerando quinto.

es imposible o sumamente difícil de probar; [...] Por lo mismo, en la doctrina y en la jurisprudencia se ha concluido en que no se requiere una prueba directa de su existencia. [...] Para las lesiones del espíritu rige el principio *in re ipsa*. La prueba del daño moral deberá ser la del hecho ilícito que lo ha provocado [...] En la especie, la clausura arbitraria de un local comercial por parte de una persona, como el administrador [...] constituye una *suerte de justicia privada no aceptada por la legislación de la República del Ecuador, por tanto es una acción ilícita del demandado, que de manera obvia se infiere que ha causado al actor sufrimientos síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones, porque ha sido privado de su fuente de trabajo con las repercusiones que eso tiene para el bienestar mental del actor*<sup>49</sup>.

A diferencia de los casos indicados, en este último se observa que los jueces se acercan un poco más a la primera tesis estudiada, ya que hablan expresamente del carácter de obviedad del daño moral (notorio) que surge del hecho ilícito mismo. En este caso, los jueces ecuatorianos adoptan la primera tesis respecto de la aplicación del principio *In Re Ipsa* y no la que corresponde a la presunción judicial, pues no se la analiza ni se la menciona en ninguna parte.

Es de suma importancia señalar que de estos casos se desprende que, aunque con variaciones, los jueces al final del día terminaron aplicado un mismo estándar probatorio en los casos de daño moral. Ellos enfocaron su análisis para determinar si hay la afectación, únicamente en la constatación de la acción u omisión ilícita, sin considerar los factores o circunstancias de los hechos del caso en concreto.

Básicamente la prueba ha girado únicamente en torno a la acción u omisión ilícita del demandado. La doctrina jurisprudencial ecuatoriana ha materializado el *In Re Ipsa* mediante la tesis que mira al hecho ilícito como un indicio necesario, que como ya se explicó antes, concebirlo así es contradictorio con los preceptos de la teoría de la prueba relativos a los indicios. Por tanto, el hecho ilícito debería ser visto tan solo como un indicio contingente.

Esta forma de ver al principio en estudio se ha convertido en una suerte de salida fácil cuando los jueces valoran la existencia del daño moral, además de que se aplica sin fundamento alguno y de forma abstracta.

Es cierto que la prueba del daño moral por su naturaleza es compleja, pero no significa que esta debe ser inexistente o que se lo pruebe apenas demostrando uno de los elementos de la responsabilidad civil: el hecho antijurídico. Cada elemento es independiente; por ello, al momento de establecer la responsabilidad civil, se debe constatar la existencia de los cuatro

---

<sup>49</sup> Causa 194-2009, considerando quinto (énfasis añadido).

elementos: el hecho antijurídico, daño cierto y el nexo causal entre estos dos y, la culpabilidad. Es de suma importancia tener en cuenta que el daño moral es un elemento constitutivo y esencial de la responsabilidad civil extrapatrimonial; si es que no se encuentra probado el daño, no hay objeto de resarcimiento.

No es acertado ni lógico afirmar que, a través de esta tesis, el hecho ilícito conduce necesariamente a la producción de un daño y que su verificación permite presumirlo. Cada elemento debe ser verificado de manera independiente para que el juez pueda llegar a la convicción de que, en el caso concreto, existe la necesidad de determinar responsabilidad civil extracontractual.

De este breve recorrido por la jurisprudencia ecuatoriana, se observa que el daño moral se acredita únicamente con la prueba de la acción u omisión ilícita. Esto trae consigo algunas cuestiones, tanto de carácter sustantivo como adjetivo, que se detallarán en la siguiente sección.

## **6.1. Dificultades en temas sustantivos derivados de la aplicación del *In Re Ipsa***

El tema sustantivo es de gran importancia, ya que con el empleo de la segunda tesis estudiada se observa que el derecho material está siendo transgredido en la medida en que no se tiene en consideración temas que son básicos de análisis para la determinación de la responsabilidad civil.

### **6.1.1. De la certeza del daño y el nacimiento de la obligación de indemnizarlo.**

La comprensión del *In Re Ipsa* en la jurisprudencia nacional es contraria a lo que la teoría tradicional de la responsabilidad civil enseña en relación al daño jurídicamente resarcible.

Así, por ejemplo, Corral Talciani sostiene que para que el daño sea jurídicamente relevante y pueda ser justificación de un resarcimiento debe “ser cierto, real y efectivo. No se indemniza aquel daño que presenta caracteres de incierto, hipotético o eventual”<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> Hernán Corral Talciani, *Lecciones de Responsabilidad Civil extracontractual*, segunda edición actualizada (Santiago: Editorial Thomas Reuters, 2003. (edición electrónica) sección 3.



En el mismo sentido, Javier Tamayo advierte que:

[...] el daño es cierto cuando a los ojos del juez aparece con evidencia, que la acción dañosa del agente ha producido un perjuicio patrimonial o moral en el demandante [...] solo la prueba compuesta da lugar a que el juez infiera la existencia del perjuicio”<sup>51</sup>.

De acuerdo con la segunda tesis, el *In Re Ipsa* enfoca su estudio únicamente en la acreditación del hecho ilícito, lo que genera que la certeza del daño se vuelva irrelevante o se desvanezca. La prueba del hecho ilícito únicamente da certeza de que este elemento existe, pero de ninguna manera prueba la existencia y certeza del daño moral. Esto genera como consecuencia que se presuma la existencia del daño moral, sin que se analice mayormente si el daño tuvo lugar. En realidad, la prueba del hecho ilícito lo único que demuestra es la certeza de aquel, más no del perjuicio *per se*. ¿Dónde queda la certeza del daño si es que se adopta esta tesis?

En consecuencia, la certeza es un requisito que es olvidado por los jueces nacionales, lo cual podría generar una indemnización por daños hipotéticos o inexistentes. Es necesario acreditar con todos los medios lícitos y posibles que la víctima ha sufrido un perjuicio real y efectivo. Además, el daño es resarcible en la medida que sea cierto y su certeza debe ser probada. Los daños que procesalmente no son acreditados no llegan a existir en la vida jurídica. Por tanto, su existencia debe ser probada a cabalidad para que sea reparable, puesto que el elemento de certeza en relación a la existencia del perjuicio es un presupuesto imprescindible a efectos de establecer responsabilidad civil. Solo así se genera la obligación de indemnizar por parte del demandado en beneficio del actor, ya que existirá efectivamente algo que reparar; es decir, el objeto de la indemnización: el daño.

Puede decirse que este razonamiento adquiere mayor peso aun, en la primera tesis que llega al extremo de exonerar la prueba del daño moral por su notoriedad, ya que en este caso es claro que permitir esto es dar paso a una indemnización por daños inciertos e hipotéticos.

### **6.1.2. El daño moral no es un elemento secundario en la determinación de la responsabilidad civil extracontractual**

---

<sup>51</sup> Javier Tamayo Jaramillo, “El daño civil y su reparación”, Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas No. 62, (1983), 40.

Los elementos de la responsabilidad civil son la acción u omisión ilícita, el daño, el nexo causal entre el primero y el segundo, y el elemento subjetivo o culpabilidad. Así, Arturo Alessandri explica lo siguiente:

[...] Se desprende que, para que un hecho u omisión engendre responsabilidad delictual o cuasi delictual, es menester: 1) Que su autor sea capaz de delito o cuasidelito; 2) Que esa acción u omisión provenga de dolo o culpa; 3) Que cause un daño; 4) Que entre el hecho o la omisión dolosa o culpable y el daño exista una relación de causalidad<sup>52</sup>.

Por ende, para sostener que es procedente determinar responsabilidad civil será necesario probar cada uno de dichos elementos para que esta se configure y darles a estos la importancia que cada uno se merece. Ahora bien, para que el juez pueda declarar responsabilidad civil se debe verificar la concurrencia de estos elementos; es decir, que todos deben confluir para que el juez reconozca su existencia y condene al demandado a indemnizar todos los daños y perjuicios. Esto no quiere decir que los elementos de la responsabilidad civil deban ser evaluados de forma dependiente, sino que su acaecimiento debe ser verificado de forma autónoma. Solo después de constatar que todos y cada uno de los elementos existen, serán vistos como un todo a efectos de determinar responsabilidad civil extracontractual.

Sin embargo, como ha sido aplicado el *In Re Ipsa* por parte de los jueces ecuatorianos, lo señalado en el anterior párrafo no ha sido tomado en cuenta y esto se deriva justamente de mirar al hecho ilícito como un indicio necesario. Considerar a un elemento como indicio necesario es afirmar, como lo ha dicho Echandía, que este “de manera infalible e inevitable demuestra la inexistencia de algo [...] como algo que inexorablemente debe ser así”<sup>53</sup>.

Los efectos sustantivos de esta consideración procesal pueden hacer que el carácter independiente del elemento daño sea irrelevante. Eso se debe a que, de acuerdo con esta tesis, el hecho ilícito es causa ineludible del daño moral, por lo que, si se prueba el primero, ya estaría probado el segundo. Para esta tesis, es inevitable que haya daño moral si es que se produce el hecho ilícito. Por eso es suficiente la prueba de este. Bajo esta consideración, se podría afirmar que el hecho ilícito es el protagonista de la responsabilidad civil en los casos de daño moral, mientras que el daño cumple únicamente un papel secundario.

---

<sup>52</sup>Arturo Alessandri, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil* (Santiago: Editorial jurídica de Chile Imprenta Universal, 1981), 129.

<sup>53</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la prueba judicial Tomo II* (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2015), 611.

No obstante, comprenderlo de esa forma, es contrario a la teoría tradicional de la responsabilidad civil. Por ejemplo, el Dr. José García Falconí enseña que:

Hay que tener en cuenta que el PERJUICIO es uno de los elementos *esenciales constitutivos* de la responsabilidad sin cuya existencia y demostración no nace a la vida jurídica la obligación indemnizatoria, esto es obvio porque no hay obligación de resarcir donde no hay daño que reparar<sup>54</sup>.

En suma, la aplicación por parte de los jueces ecuatorianos del *In Re Ipsa* en los casos de daño moral, no se corresponde con los preceptos del régimen de la responsabilidad civil porque olvida que el daño es un elemento esencial de la responsabilidad civil extracontractual. El daño moral no es una excepción a la regla general y, en definitiva, no es un elemento secundario o complementario del hecho antijurídico, es necesario darle importancia al perjuicio y valorarlo de manera autónoma.

## **6.2. Efecto procesal de la aplicación del *In Re Ipsa*: la motivación pobre o nula.**

Entender al *In Re Ipsa* como aquella figura que supone que, probado únicamente el hecho ilícito (indicio necesario) se presume el daño moral, ha llevado a los jueces a no hacer un verdadero razonamiento o hacerlo pobremente al momento de determinar la responsabilidad civil en casos de daño moral.

Debido a que la aplicación de esta tesis ha sido generalizada e irrestricta, el razonamiento de los jueces ha sido mínimo o nulo. El hecho de relacionar el *In Re Ipsa* con la presunción judicial y el indicio necesario hace que los jueces busquen simple y únicamente la prueba del hecho ilícito para determinar que se produjo un daño moral en cualquier caso.

De lo estudiado, los jueces no realizan una concatenación lógica entre los hechos y la conclusión; solo emiten fórmulas casi sacramentales dedicadas a establecer que, si ya hubo hecho ilícito, entonces se produjo daño moral y olvidan que incluso ante la presencia de indicios necesarios se requiere una motivación completa en el caso concreto.

---

<sup>54</sup> José García Falconí, *Manual Teórico Practico en Materia Civil: Análisis jurídico de la Ley No. 171 que regula la Reparación por Daño Moral en el Código Civil Ecuatoriano* (Quito: Ediciones Rodin, 2004), 41.

Mediante esta tesis, los jueces caen en la órbita de la emisión de sentencias carentes de motivación, e infringen los artículos 76. 7 literal *l* de la Constitución de la República y el artículo 89 del Código Orgánico General de Procesos que se refieren a la motivación.

La disposición constitucional señalada impone la obligación de motivar todas las resoluciones del poder público, en estos, las sentencias<sup>55</sup>. Por su parte, la disposición de la norma procesal señala lo que se debe entender por motivación:

**Art. 89.-** Motivación. Toda sentencia y auto serán motivados, bajo pena de nulidad. *No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho. La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación*<sup>56</sup>.

La normativa mencionada prescribe la obligación del juez de motivar las sentencias, haciendo énfasis en el razonamiento lógico de las mismas. Este razonamiento debe indicar a las partes procesales, cómo la norma invocada es aplicable a los hechos propuestos y probados. En otras palabras, el juez en su sentencia dará explicación a los concurrentes de cómo llegó a la conclusión de aceptar o desechar la demanda; pudiendo ser esta conclusión, únicamente el resultado del análisis de los hechos controvertidos que fueron probados en el proceso en concordancia con los preceptos legales y principios invocados por el juez o las partes. No se trata de que los jueces únicamente enumeren las normas o transcriban principios; sino que concatenen razonablemente dichas disposiciones con los hechos probados en juicio.

Sin embargo, en virtud de la segunda tesis esto no sucede, ya que mediante aquella se permite aplicar una inferencia abstracta que abarca todo supuesto de daño moral en tanto este último surge de la acción u omisión ilícita. Esto hace que el juez omita ese razonamiento lógico y obligatorio de explicar cómo esta figura es aplicable al caso, para concluir automáticamente que hubo daño moral. Entonces, en este caso el juez no infiere

---

<sup>55</sup> Ver, Artículo 76. 7 literal *l* Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008: En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: 1) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos.

<sup>56</sup> Artículo 89, Código Orgánico General de Procesos [COGEP], R.O. Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015.

racionalmente, sino que solo supone erróneamente la existencia de un perjuicio. Carmen Domínguez hace hincapié sobre la utilidad de motivar las decisiones, especialmente en los casos de indemnización de daños y perjuicios, pues esto “[...] permite situar a la víctima, al responsable [...] en una perspectiva más cierta en materia de resarcimiento”<sup>57</sup>.

En casos de daño moral la motivación se da por sentada porque los jueces han considerado que con entender el hecho ilícito como un indicio necesario del daño moral, la motivación se explica por sí sola en relación a la determinación de la responsabilidad civil. Esta aparente motivación confirma la afirmación de que no existe motivación o esta es pobre.

## **7. La adopción de la tercera tesis como solución al problema de la aplicación del *In Re Ipsa***

En base a todos los errores señalados en la anterior sección, se considera que la tercera tesis estudiada en este trabajo es la más acertada porque obedece no solo a los preceptos procesales si no los sustantivos relativos a la responsabilidad civil extracontractual. Si bien esta tesis no ha sido mayormente desarrollada, es aquella en la que hay que poner énfasis.

Por una parte, el régimen de responsabilidad civil extracontractual establece claramente que el derecho de indemnización de la víctima solo puede surgir si es que existe un daño jurídicamente resarcible. Para que exista un daño resarcible, el perjuicio debe ser cierto y real, lo que deberá ser demostrado por el actor en juicio.

Por otra parte, el *In Re Ipsa* (entendido en su traducción original y no su comprensión jurídica tradicional), habla de los hechos en sentido plural; no de un hecho ilícito. La concepción de que el solo hecho ilícito es prueba del daño moral fue adoptada por la doctrina mayoritaria que lo estudió inicialmente. En consecuencia, plantear un nuevo sentido *del In Re Ipsa* puede ser posible si, a partir de lo expuesto, se adopta su traducción literal, es decir, la que hace alusión a “los hechos mismos” en sentido *plural*. Esto genera que, además de valorar objetivamente el hecho ilícito, se deba tomar en cuenta las circunstancias o factores que rodean al daño moral, circunstancias que deberán ser acreditadas por la víctima. Así, las circunstancias serán vistas como los demás indicios contingentes que necesitaba el hecho

---

<sup>57</sup> Carmen Domínguez Hidalgo, “Aspectos modernos de la reparación por daño moral. Contraste entre el Derecho chileno y el Derecho comparado”, *Revista de Derecho No. 6 Universidad Católica del Norte - Coquimbo*, (1999), 703.

ilícito para que el juez, en virtud de lo probado en juicio y en consideración con las reglas de la lógica y al experiencia, pueda optar por realizar una presunción judicial sobre el daño moral demandado, en caso de que no exista prueba directa de su producción.

En ese sentido, el efecto que genera esta nueva concepción del *In Re Ipsa* es una atenuación de la prueba del daño moral porque se compadece con su naturaleza y complejidad. Bajo esta premisa la atenuación se produce en la certeza y realidad del daño moral, que no es lo mismo que eliminar o restar importancia a este requisito, tal y como lo pretendían las otras tesis estudiadas. Por consiguiente, el daño moral sí sería probado pero con la gracia de que se lo haría mediante una prueba indirecta, no así como sucede generalmente en casos de daño patrimonial, en los que es posible presentar una prueba directa y efectiva del daño. Bajo esta teoría, se exige el esfuerzo probatorio por parte de la víctima a fin de que su pretensión sea atendida favorablemente.

En relación a los indicios, el hecho de que bajo esta postura la acción u omisión ilícita sea vista como un indicio contingente, no solo obliga a la víctima a presentar más indicios para que pueda ser indemnizada, sino que le permite al juez llegar a un convencimiento efectivo de si el daño moral es cierto o hipotético. La dificultad probatoria del daño moral se ve mitigada por la prueba indirecta compuesta de varios indicios contingentes.

Por ejemplo, en el caso de una lesión al crédito y buen nombre de una empresa, el actor puede probar con diferentes indicios el daño moral. La víctima puede aportar como medios probatorios demandas en su contra a consecuencia del hecho ilícito, contratos terminados unilateralmente por los proveedores, prueba testimonial tendiente a demostrar lo que el público y clientes dicen de la empresa, reportes que muestren que a consecuencia del hecho ilícito la empresa perdió popularidad en el mercado, etc. Con estos indicios, si bien no se prueba directamente la lesión al crédito y al nombre como tal, se podría inferir lógicamente y con las reglas de la sana crítica que, en base a estos, existe un verdadero daño moral *In Re Ipsa*; es decir, de los hechos mismos.

Otro ejemplo puede darse en el caso de un accidente automovilístico con resultado de muerte de un padre o una madre en el que parecería que el hecho ilícito *per se*, produce una aflicción o un dolor. Se considera necesario que, en esta situación, a más de probar el hecho ilícito, el actor pruebe que tenía una relación afectiva, con el objeto de demostrar que sí se produjo un sufrimiento interno. Esto último evitaría que un hijo que nunca tuvo contacto con

su padre, se beneficie injustamente de una indemnización a la que no debería tener derecho porque no pudo haber sufrido un daño si nunca tuvo un lazo afectivo con este. Esto genera que el juez encamine su razonamiento a evitar una indemnización por daños inexistentes, en caso de que no tenga la convicción sobre el acaecimiento del perjuicio extrapatrimonial.

## **8. Conclusiones**

En virtud de todo lo expuesto en el presente trabajo se puede concluir lo siguiente:

El *In Re Ipsa* es un principio que en general no ha sido ampliamente analizado. Sin embargo, a raíz de lo investigado hemos identificado que existen tres tesis de aplicación del principio en cuestión. La primera hace alusión a que es notorio que determinadas actuaciones producen daños morales; esta postura se relaciona con la teoría de los hechos notorios. Sin embargo, al estudiarla en conjunto con la referida institución, presenta graves falencias.

La segunda y tercera tesis, materializan al *In Re Ipsa* en una presunción judicial, con la diferencia de que la segunda mira al hecho ilícito como un indicio necesario, mientras que la tercera simplemente como un indicio contingente. La segunda tesis que ha sido aplicada en la jurisprudencia nacional presenta contradicciones con la noción del indicio necesario, ya que el hecho ilícito (como quedó demostrado) no puede ser uno, pues por sí solo no demuestra inexorablemente el daño moral y tampoco corresponde a una ley científica e inmutable.

Asimismo, su aplicación en el Ecuador ha traído consecuencias sustantivas graves, como considerar al elemento de certeza irrelevante en el daño y a su vez, ver al daño *per se* con un elemento secundario de la responsabilidad civil extracontractual. Por su parte, el efecto procesal de la aplicación de esta postura ha hecho que los jueces no motiven verdaderamente sus decisiones y creen formulas casi sacramentales que enseñan que en los casos de daño moral, probar únicamente el hecho ilícito permite suponer la existencia de aquel, sin razonamiento lógico alguno ni atención al caso en concreto.

En consecuencia, el hecho ilícito debería ser visto apenas como un indicio contingente. Esto es precisamente lo que propone la tercera y última tesis. Concebir al hecho ilícito como un indicio contingente obliga a la víctima a presentar otros indicios para que el juez pueda verdaderamente concluir si el daño es cierto o hipotético. En caso de ser cierto, nace

verdaderamente el derecho de indemnización de la víctima, lo que trae seguridad jurídica para ambas partes procesales.

Por eso, esta tesis debería ser desarrollada y puesta en práctica por los jueces nacionales, ya que ésta realmente obedece a las reglas sustantivas de la responsabilidad civil extracontractual y también a las reglas adjetivas. Es necesario que los jueces tomen un papel protagónico y determinante en establecer criterios uniformes respecto de la prueba del daño moral y su relación con el *In Re Ipsa*. En la jurisprudencia ecuatoriana muy poco se ha topado el tema del *In Re Ipsa* y sus implicaciones. Esto se ha dado precisamente porque su aplicación se ha realizado de manera abstracta y peor aún, no ha sido cuestionada si de verdad hay fundamento en la tesis que se ha estado adoptando a lo largo de estos años.