

Por:

Carlos Adrián

Daza Lozada \* \*\*

*EL ELEFANTE EN LA HABITACIÓN DEL  
CÓDIGO CIVIL PERUANO: UNA  
APROXIMACIÓN NECESARIA A LA PRUEBA  
DEL DAÑO MORAL*

### Resumen

Las instituciones del derecho suelen recibir un tratamiento endógeno que se expresa en dos niveles distintos. Por un lado, es recurrente que las instituciones jurídicas se conceptualicen desde el derecho y sus operadores, sin mirar a otras áreas del conocimiento que pueden dar luces más específicas respecto de la materia que se trate. Por otro lado, dentro del mismo derecho, muchas veces las instituciones de una materia se gestan sin mirar a las demás: las instituciones del derecho material son desarrolladas por sus estudiosos, pero sin pensar en las implicancias procesales y probatorias que supone definir las de una u otra forma. La institución del daño moral dentro del Código Civil peruano, ciertamente, no es ajena a ninguno de estos problemas. Así, este ensayo, en primer lugar, busca destacar la forma poco satisfactoria en la que se ha tratado al daño moral, pues las definiciones y aproximaciones a dicha institución han sido propuestas de forma desligada a su prueba y a su vinculación con otras ciencias como la psicología. Y, en segundo lugar, pretende presentar algunos puntos de partida para una conceptualización consciente de la institución del daño moral, que tenga en cuenta los factores probatorios, pues resultan determinantes para que esta pueda hacerse efectiva para los efectos resarcitorios.

---

\* Maestrando en Razonamiento Probatorio por la Universitat de Girona y la Università degli studi di Genova. Abogado con mención sobresaliente por la Universidad de Piura. Miembro asociado del grupo de investigación Proceso, Derecho y Justicia (PRODEJUS) de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Correo electrónico: [adriandazalozada.16@gmail.com](mailto:adriandazalozada.16@gmail.com)

\*\* Agradezco especialmente a Luciano Laise, a Renzo Cavani y a Paolo Bazo por discutir conmigo las ideas contenidas en este trabajo. De la misma forma, le agradezco a Carla Tarifa y a David Ibarra, por tomarse el trabajo de revisar una versión preliminar de este artículo, así como a los miembros de PRODEJUS, con quienes he podido afinar lo aquí propuesto y encontrar diversos puntos para mejorar.

Recibido: 24 de julio de 2024

Aceptado: 28 de octubre de 2024

### Abstract

Legal institutions often receive an endogenous treatment that manifests on two levels. On one hand, legal institutions are frequently conceptualized from within the law itself and by legal practitioners, without considering other fields of knowledge that could offer more specific insights into the subject matter. On the other hand, within the legal field, institutions are often developed in isolation: substantive legal institutions are studied without considering the procedural and evidentiary implications that arise from defining them in one way or another. The institution of moral damage in the Peruvian Civil Code is certainly not immune to these issues. This essay, therefore, aims firstly to highlight the unsatisfactory way in which moral damages have been addressed, as the definitions and approaches to this institution have often been disconnected from its evidentiary aspects and its relationship to other sciences, such as psychology. Secondly, it seeks to present several starting points for a more comprehensive conceptualization of moral damages, taking into account evidentiary factors, which are crucial to making this institution effective for compensatory purposes.

**Palabras clave:** daño moral, responsabilidad civil, razonamiento probatorio, prueba, emociones.

**Keywords:** moral damages, civil liability, evidentiary reasoning, evidence, emotions.

### Sumario

***I. INTRODUCCIÓN. II. DISTINTAS FORMAS DE APROXIMACIÓN AL DAÑO MORAL. 1. APROXIMACIÓN DOGMÁTICA. 2. APROXIMACIÓN JURISPRUDENCIAL. 3. ¿HAN SIDO COHERENTES Y SUFICIENTES LOS ESFUERZOS DE CONCEPTUALIZACIÓN DEL DAÑO MORAL? III. PUNTOS DE PARTIDA PARA UNA CONCEPTUALIZACIÓN MÁS INTEGRAL. 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: LA EFICACIA DEL DERECHO. 2. EL DAÑO MORAL ES UN ESTADO MENTAL QUE REPRESENTA UNA EMOCIÓN. 3. ¿CÓMO SE CONOCEN LOS ESTADOS MENTALES DE LOS DEMÁS? IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.***

## ***I. INTRODUCCIÓN***

El daño moral como concepto resarcible<sup>1</sup>, desde la época de la codificación, ha acompañado a la tradición jurídica occidental por poco más de dos siglos. El paso de esta institución por los distintos ordenamientos jurídicos ha recibido particular tratamiento y el caso peruano no es la excepción. En la regulación vigente, la voz “daño moral” coexiste en el Código Civil de 1984 junto a la voz “daño a la persona”, las cuales representan a los daños no patrimoniales resarcibles en el derecho peruano<sup>2</sup>.

Esta peculiar y extraña coexistencia ha llevado a los estudiosos y a los juzgadores a discutir primordialmente sobre qué categoría de daño abarca a la otra, o si una de las dos debería prevalecer, eliminando a la otra. El culmen de este debate fue definir al daño moral como un padecimiento emocional subjetivo y transitorio, expresado en emociones diversas como la tristeza, la angustia, la congoja, etc. Más recientemente, las discusiones de estos mismos agentes han girado en torno a la prueba de dichas afectaciones emocionales, las cuales persisten hasta la fecha y

---

<sup>1</sup> Es importante reparar en la diferencia que existe entre los conceptos “indemnización” y “resarcimiento” (IUS 360, 2017). Se ha elegido el término “resarcible” (y así se verá en el resto del presente trabajo), dado que la obligación resarcitoria implica la existencia de *daños*, generados con culpa o dolo del sujeto dañador, o a partir un acto ilícito, para lo cual aplicarán los regímenes de responsabilidad extracontractual o contractual, según corresponda. En cambio, la obligación indemnizatoria cuenta con un fundamento distinto, pues tiene una función reintegradora de algún supuesto que haya generado un desequilibrio económico, por ejemplo, la indemnización por despido arbitrario o la indemnización justipreciada en los casos de expropiación.

<sup>2</sup> En la responsabilidad contractual por inejecución de obligaciones, el daño moral en el vigente Código Civil está recogido en el artículo 1322°, que señala:

Artículo 1322.- El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento. De otro lado, en la responsabilidad extracontractual, el daño moral ha sido regulado en los artículos 1984° y 1985° del mismo cuerpo normativo:

Artículo 1984.- El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.

Artículo 1985.- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

contraponen a quienes exigen la prueba del daño moral y a quienes admiten que este se presuma utilizando criterios de regularidad o por la “obviedad” de los mismos a partir de los hechos que lo generan.

Sin embargo, aún no queda claro cómo es que estos agentes han discutido por cuatro décadas (desde 1984) acerca de emociones y sobre si deben o no probarlas sin siquiera haber intentado definir las. Por tanto, no ha habido una aproximación al daño moral desde las ciencias, como la psicología, que podrían explicar a las emociones de forma más nítida, precisando verdaderamente qué elementos las componen y cuáles de ellos resultan observables en orden a ser probados.

Así, en el presente ensayo se buscará indagar en el *statu quo* del daño moral desde la perspectiva nacional, analizando lo propuesto por los agentes mencionados previamente. Luego, se destacarán las debilidades de la aproximación realizada a la institución hasta la fecha, precisando la necesidad de mayor coherencia y profundidad en el estudio realizado sobre el daño moral. Finalmente, se propondrán algunos puntos de partida para que, en adelante, los esfuerzos dedicados al estudio de esta voz de daño estén direccionados de forma más integral. Estos puntos son tres: ligar la definición y conceptualización de las instituciones jurídicas, incluida la institución del daño moral, a la intrínseca necesidad del derecho de ser eficaz (i); empezar a estudiar al daño moral desde su condición de estado mental mixto que representa una emoción (ii); e, indagar respecto de cómo es que se conocen los estados mentales de las personas (iii).

## ***I. DISTINTAS FORMAS DE APROXIMACIÓN AL DAÑO MORAL***

### ***1. APROXIMACIÓN DOGMÁTICA***

La dogmática peruana ha aceptado de forma pacífica que existe una distinción entre los daños patrimoniales y no patrimoniales (Fernández Cruz, 2015, p. 320; León

Hilario, 2017, pp. 256-361; Retamozo Escobar, 2015, p. 199)<sup>3</sup>. Así, tras la derogación del Código Civil de 1936, se incluyó la voz “daño a la persona” en conjunto con el ya conocido “daño moral” en el vigente Código Civil de 1984. Esta inclusión ha generado no solo confusiones sobre las fronteras entre ambas voces de daño (pues se ha discutido si una abarca a la otra), sino que ha propiciado que los esfuerzos dogmáticos por entender cada una de estas voces se hayan contentado con dar algunas (y poco profundas) definiciones de cada una.

Al respecto, puede afirmarse que clásicamente los daños no han sido categorizados en daños patrimoniales y no patrimoniales: la diferenciación inicial fue entre daños patrimoniales y daños morales. La tradición francesa que primó en la regulación peruana comprendía que lo “moral” era lo contrario a lo “patrimonial”, de forma que cuando se hacía referencia a los daños morales, se abarcaba lingüísticamente a todo aquello que fuera no patrimonial (De Trazegnies Granda, 2001, p.110), incluida la protección a aquellos intereses no patrimoniales de las personas como sujetos de derecho, los cuales no siempre fueron vistos como resarcibles.

Con ello, la aparición del “daño a la persona” en el Código Civil vigente fue incómoda y enigmática<sup>4</sup>, pues rompía la tradición y ocupaba el terreno que se entendía tomado ya por el daño moral. Estas circunstancias crearon el espacio perfecto para que

---

<sup>3</sup> Desde la despatrimonialización del derecho privado se ha empezado a proteger a las personas para tutelar aquellos intereses respetables que no sean valorizables económicamente, precisamente para resguardar al ser humano en tanto sujeto de derecho.

<sup>4</sup> El daño a la persona se encuentra regulado en el artículo 1985° del Código Civil, de la siguiente manera:

Artículo 1985.- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

los estudiosos de la materia invirtieran sus esfuerzos en intentar determinar si el daño moral abarca al daño a la persona (o viceversa) o si era posible mantener ambas voces de daño.

Una primera posición fue la de Carlos Fernández Sessarego, quien intervino en el articulado del vigente Código Civil a través de la Comisión Reformadora de dicho cuerpo normativo.

Así, Fernández (1996) ha señalado que:

[...] el “daño moral” (*pretium doloris*) no es otra cosa que una modalidad del daño a la persona y, por consiguiente, es una especie de un concepto comprensivo, es decir, de una noción genérica que lo engloba y subsume. Y ésta, obviamente, es la de daño a la persona. Lo “moral”, quien lo duda, es sólo un “aspecto” de la compleja estructura del ser humano. (p. 8)

Como se aprecia, esta postura asume que el daño moral es un tipo de afectación psicosomática a las personas que incide específicamente en la *psique*, el cual, según el autor, se encontraría comprendido dentro del daño a la persona. Y, de forma más precisa, propone que el daño moral es una afectación emocional que no alcanza a ser psicopatológica; es decir, que se queda en el mero sufrimiento o dolor emocional transitorio (Fernández Sessarego, 1998, pp. 190 y ss.).

La segunda posición al respecto, atribuible a Leysser León (2003), señala más bien al daño moral como comprensivo del daño a la persona, definiéndolo además como “[...] el menoscabo del estado de ánimo que subsigue a la comisión de un hecho antijurídico generador de responsabilidad civil” (p. 9). León, siguiendo la tradición

francesa que influenció la codificación civil peruana, comprende que el daño moral es un concepto más amplio que el daño a la persona y que, de hecho, lo engloba. Por esa razón, ha sostenido que el daño moral va más allá de los padecimientos emocionales, incluyendo la integridad física, por ejemplo (p. 11). De similar opinión es Fernando de Trazegnies Granda (2001, p. 110 y ss.), quien también considera que el daño a la persona es una subespecie del daño moral dado que los daños o lesiones identificados en ambos no son muy diferentes.

Finalmente, existe una postura que sale de la discusión planteada por las anteriores. Juan Espinoza (2019) propone que el daño moral supone un sufrimiento físico o psíquico no duradero, el cual puede ser subjetivo -sufrido por una víctima- o afectivo en el que la lesión se da respecto de otros sujetos, animales o bienes (p. 433). Adicionalmente, prefiere mantener ambas voces de daño (daño moral y daño a la persona) dado a que considera que se encuentran comprendidas como dos especies distintas dentro del género “daño no patrimonial”, siguiendo la doctrina italiana. Ello sería así en tanto que el daño a la persona supone, para el autor, lesiones no patrimoniales a la persona natural o jurídica, mientras que al daño moral lo vincula únicamente con un pasajero sufrimiento o transitorio dolor humano. Aparte, destaca diversos ejemplos de la práctica jurídica nacional en los que ambas voces de daño han sido utilizadas autónomamente, por lo que ya se encontrarían asentadas en la realidad jurídica peruana. Por ello, daño moral y daño a la persona no serían intercambiables entre sí siguiendo esta postura (pp. 440-445).

Dejando de lado al daño a la persona, los autores coinciden en que el daño moral es, en general, una afectación a la esfera psíquica de las personas consistente en el sufrimiento o el dolor pasajero y no patológico, de incidencia anímica y propio de la esfera sentimental (*pretium doloris*). En otros términos, es posible afirmar que gran

parte de aquello a lo que se le llama daño moral se trata de *emociones*, siendo las más usuales la tristeza, la congoja, la angustia, entre otras (por todos, Espinoza Espinoza, 2019, p. 446; Fernández Sessarego, 1996, p. 57, y 1998, p. 191; Retamozo Escobar, 2015, p. 203).

En esta línea, ha habido algunos avances que van más allá de la discusión entre daño moral y daño a la persona. Específicamente, Retamozo y Fernández Cruz han indagado no solo en preguntarse si el daño moral debería ser una categoría autónoma en el ordenamiento jurídico peruano y qué características tiene como afectación anímica o emocional, sino que se han preocupado también por cómo se entiende su probanza atendiendo a la conceptualización que esta institución ha recibido.

Retamozo ya en 2015 sostuvo, respecto de la prueba del daño moral, que “[...] este no debería -como regla general- ser considerado *in re ipsa*, sino valorado bajo la idea contenida en el precepto *id quod prelumque accidit*, que permite la prueba en contrario, facilitando la inversión de la carga probatoria” (Retamozo Escobar, 2015, p. 202). En otros términos, lo que propone la autora es que para la prueba del daño moral se tome en cuenta “lo que ocurre con frecuencia” en el mundo para determinar si las consecuencias negativas de carácter no patrimonial se dieron o no en la realidad.

De otro lado, con una postura aparentemente contraria, más recientemente en 2023, Fernández Cruz ha afirmado que una de las características diferenciadoras del daño moral respecto de otras voces de daño extrapatrimonial es que este sería un daño de naturaleza *in re ipsa* (Fernández Cruz, 2023, pp. 101 y ss.)<sup>5</sup>. Para el autor, entender que el daño moral es conceptualmente *in re ipsa* supone, respecto de su probanza, que

---

<sup>5</sup> Vale decir, adicionalmente, que, junto con Gastón Fernández, también están de acuerdo con esta postura Osterling Parodi, F., & Castillo Freyre, M. (2003, p. 391); León (2017, p. 39); Buendía de los Santos (2016), entre otros.

solo será necesario probar el hecho generador del daño y que, aplicando ciertas máximas de experiencia, puede concluirse que están también probadas las consecuencias negativas del daño traducibles en sufrimiento emocional transitorio.

Tomando estas discusiones, como se verá en el apartado siguiente, la jurisprudencia en materia civil ha seguido en gran medida las posturas aquí expuestas. Aunque, sin perjuicio de lo que se expondrá, en la discusión sobre la prevalencia del daño moral respecto del daño a la persona (o viceversa) ya se ha asumido la primera postura, la de Fernández Sessarego. Es pacífico en la jurisprudencia que el daño moral constituye una afectación emocional o anímica de carácter transitorio, traducible en emociones como tristeza, congoja, angustia, dolor, entre otras. Finalmente, sobre la prueba, la jurisprudencia está relativamente dividida entre exigir la prueba de la existencia del daño moral o permitir tener por probado el sufrimiento emocional al entender que este se presume de las circunstancias mismas del hecho generador (*in re ipsa*) o que resulta lo que ocurre con mayor frecuencia (*id quod prelumque accidit*).

## 2. APROXIMACIÓN JURISPRUDENCIAL

Quizá la primera referencia respecto al daño moral en la jurisprudencia es la Casación N° 4664-2010 Puno, del Tercer Pleno Casatorio Civil de 2010 (Corte Suprema de Justicia de Perú, 2011), que asumió la postura de Fernández Sessarego e indicó que el daño moral se trata de una especie de daño a la persona, así como brindó una conceptualización de este como una afectación emocional no patológica y transitoria. En el considerando 71, el pleno señala que:

[...] el daño a la persona debe comprender al daño moral [...] configurado por las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos, los estados

depresivos que padece una persona. El daño psíquico comporta un estado psicológico (enfermedad) [...] susceptible de diagnóstico por la ciencia médica.

Por otro lado, existen diversas decisiones de tribunales supremos que amplían y profundizan lo ya señalado. A continuación, se citarán algunos ejemplos.

En los fundamentos sétimo y décimo de la Casación N° 1070-95 Arequipa (Corte Suprema de Justicia de Perú, 1998), se señala:

[...] el daño moral, que [...] constituye “aquella modificación disvaliosa en la subjetividad del damnificado, que se introduce en un modo de estar diferente y perjudicial al que tenía antes del hecho”. “El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etc. son sólo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido, el que se produce en un solo acto o en varios pero que una vez presentados en el contexto fáctico ya son susceptibles de indemnizarse [...].

Por su parte, el fundamento sétimo de la Casación N° 3187-2005 La Libertad (Corte Suprema de Justicia de Perú, 2006), ha precisado:

Daños morales son aquellos producidos a raíz de la violación de alguno de los derechos inherentes a la personalidad. El daño moral, no afecta al patrimonio económico de una persona, sino que afecta a la personalidad física o moral, o a ambas a la vez; a la integridad de las facultades físicas; a las sensaciones y

sentimientos del alma. Es todo dolor físico o moral, que repercute en los sentimientos.

Asimismo, el fundamento sétimo de la Casación N° 4619-2009 Ucayali (Corte Suprema de Justicia de Perú, 2010), caracteriza al daño moral de la siguiente manera:

[...] la figura del daño moral entendido como el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos padecidos por la víctima o su familia. [...] este tipo de daño admite aquellos que se verifican en esferas jurídicas subjetivas diversas a las del dañado [...].

Finalmente, en su sumilla, y de forma muy precisa, la Casación N° 2084-2015 Lima (Corte Suprema de Justicia de Perú, 2016), señala:

El daño moral (Artículo 1984 del Código Civil), es la lesión a cualquier sentimiento de la víctima considerado socialmente legítimo; es aquel daño que afecta la esfera interna del sujeto, no recayendo sobre cosas materiales. Esta categoría del daño es difícil de acreditar, debido a que las personas no expresan sus sentimientos o emociones del mismo modo, siendo inclusive fácil para algunas personas simular sufrimientos o lesiones sin que existan en la realidad. Además, en algunos casos, ocurre que los sufrimientos severos son resistidos con fortaleza sin ninguna alteración en la salud o aspecto físico del sujeto.

Ahora bien, cuando la jurisprudencia se ha pronunciado respecto de la prueba del daño moral ha tenido una posición oscilante y contrapuesta: existen decisiones que están dispuestas a aceptar que el daño moral es evidente dados los hechos o las circunstancias y también existen otras que exigen la probanza del daño moral. Nuevamente, se presentan a continuación algunos ejemplos, unos exigen la prueba, otros lo contrario.

Un primer ejemplo de la exigencia de prueba del daño está en el fundamento décimo primero de la Casación N° 96-2019 Lambayeque (Corte Suprema de Justicia de Perú, 2023a), que indica:

[...] en cuanto a los daños que se han generado no existe mayor argumentación de la que se ha desarrollado líneas arriba es decir que no solo se puede alegar aflicción, angustia, tristeza, sufrimiento etc., para así obtener una indemnización por daño moral, sino que este debe ser probado con los medios probatorios que acrediten que la accionante sufrió algún tipo de cuadro emocional o psicológico que justifique otorgar el monto solicitado, situación que no ha ocurrido en el presente caso [...].

Un segundo ejemplo de esta postura puede inferirse de la sumilla de la Casación N° 1161-2018 Lima (Corte Suprema de Justicia de Perú, 2019), que señala:

De acuerdo con el artículo 1332 del Código Civil, el juez puede fijar el monto indemnizatorio bajo una valoración equitativa, en los casos donde exista una dificultad para acreditar el daño; sin embargo, dicha facultad no debe

interpretarse extensivamente para la sustitución de todas las comprobaciones alegadas por las partes.

Bajo una postura totalmente contraria, a favor de la presunción del daño moral, el fundamento décimo quinto de la Casación N° 2174-2019 Lambayeque (Corte Suprema de Justicia de Perú, 2023b), reza:

[...] ante la dificultad para probar el daño moral, se debe presumir la existencia del mismo, pues, el daño moral es aquel daño que afecta la esfera interna del sujeto, no recayendo sobre cosas materiales, sino afectando sentimientos y valores [...] los hechos suscitados configuran el daño moral causado al actor [...].

Finalmente, otra vez en favor de presumir la existencia del daño moral, el fundamento sexto de la Casación N° 4393-2013 La Libertad (Corte Suprema de Justicia de Perú, 2014), precisa lo siguiente:

[...] esta aflicción o sufrimiento es de orden transitorio y no surge de afección patológica, sino de un acto dañino sufrido en la vida en relación. Es, además, un daño totalmente subjetivo, imprevisto, inasible, no posible de medir y, por lo tanto, de difícil percepción y de aún más difícil cuantificación. Pero que esto sea así no significa que el referido daño sea deleznable, sino que su valoración deberá efectuarse por medios distintos a los ordinarios, dando singular importancia a sucedáneos probatorios y a las máximas de experiencia<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Cabe indicar que, respecto de esta decisión concretamente, apelar a las “máximas de la experiencia” y a los sucedáneos de los medios probatorios (presunciones, por ejemplo), como se verá luego, no es más

Ahora bien, tras este acotado recorrido por la dogmática y la jurisprudencia sobre el daño moral, es adecuado concluir que esta voz de daño implica una afectación al fuero interno de las personas, que incide en la esfera emocional de forma no patológica y transitoria, y que puede producir emociones tales como tristeza, congoja, angustia, entre otras, en el damnificado.

Por otro parte, cuando se ha pretendido abordar la prueba de la existencia del daño moral, las salidas a las que se ha arribado suponen, de un lado, exigir su prueba y, de otro, asumir su existencia a partir de la aplicación del *id quod prelumque accidit* o entender que es un daño *in re ipsa* empleando para ello a las máximas de la experiencia.

### 3. ¿HAN SIDO COHERENTES Y SUFICIENTES LOS ESFUERZOS DE CONCEPTUALIZACIÓN DEL DAÑO MORAL?

Pese al desarrollo que se le ha brindado a esta institución jurídica a lo largo de su vigencia en el derecho peruano, la aproximación que se ha realizado hasta la fecha no escapa de algunas críticas que son de carácter fundamental. Si se es un poco perspicaz, salta a la vista rápidamente que quienes se han encargado de estudiar al daño moral han empleado una serie de conceptos vinculados a la psicología para definir aquello que implica este tipo de afectaciones no patrimoniales.

---

que acudir a generalizaciones empíricas para justificar la decisión fáctica de tener por probado el daño moral. Estas generalizaciones, justamente, deberían contar con un sustento empírico que las respalde, de forma que puedan ser epistémicamente validadas y que se encuentre justificada su aplicación en la decisión fáctica. Sin embargo, la judicatura ha acudido a las formulaciones del *id quod prelumque accidit* (lo que ocurre con frecuencia) y del daño moral *in re ipsa* (que emerge de la cosa misma) para fundar estas decisiones. Ninguna de estas generalizaciones o criterios de normalidad permiten una decisión racional respecto de la prueba del daño moral, precisamente porque no cuentan con el sustento empírico necesario para ello. Estas ideas, profundizadas muy por extenso, pueden encontrarse en Taruffo (2009), Limardo (2021), Limay (2021), entre otros.

Sin embargo, en ninguno de los textos doctrinarios más importantes al respecto, ni en la jurisprudencia es posible encontrar vinculación alguna con autores psicólogos o referencias a estudios sobre qué son las emociones (en general) y qué implican desde la psicología aquellas como la tristeza, la congoja, la angustia u otras a las que se hace referencia usualmente cuando se quiere definir al daño moral (en particular). Y es que, si no se conoce con claridad qué hechos (y todas sus implicancias) son los que se van a determinar como jurídicamente relevantes y asignar de forma específica a una categoría normativa, se terminan construyendo instituciones abiertas en las que, con algo de elocuencia, podría subsumirse cualquier otra realidad. En ese sentido, si se afirma que la categoría normativa “daño moral” está representada por una serie de hechos con relevancia jurídica traducibles a emociones como la tristeza, la angustia o la congoja, como mínimo habría que acudir a aquella rama del conocimiento que estudia dichos hechos -la psicología- para poder saber a qué sucesos de la realidad se le está dando dicha importancia jurídica.

Asimismo, cuando se ha intentado definir al daño moral desde los estudios de derecho material, no se ha considerado en absoluto otras áreas del derecho que resultan de especial relevancia para hacer efectivos los derechos materiales. Los aspectos probatorios de aquellos hechos constitutivos de las instituciones jurídicas son extremadamente importantes, pues de no ser tomados en cuenta se llega a definiciones o conceptualizaciones que no se pueden demostrar y, por ende, tampoco exigir cuando hay conflictos de carácter jurídico. Nuevamente, como no se ha indagado en qué implica eso que los autores han definido como daño moral, es decir, qué son las emociones y sus distintos tipos, no resulta factible ni viable su probanza.

Esto último, lógicamente, genera salidas doctrinales como las mencionadas: apelar al *id quod prelumque accidit* o a que el daño moral es un daño conceptualmente

*in re ipsa*. Estas formulaciones, lo único que hacen es evitar la prueba de ese sufrimiento emocional transitorio y, más bien, buscan la prueba de otros elementos que encajen en “lo que pasa con más frecuencia” o la aplicación de máximas de la experiencia. En ambos casos, aunque hayan sido presentados y entendidos como opciones contrapuestas por la doctrina, se apela a lo mismo: a una generalización empírica -de regularidad o de normalidad- que permite (o no) colegir la existencia del daño moral.

Básicamente, en ambas se toma como “base” a la existencia de una regla general construida inductivamente<sup>7</sup>, la cual se pretende aplicar a un caso concreto que se pueda subsumir en ella. Expresiones como “lo que ocurre normalmente” o “lo que resulta evidente de la cosa misma” se sostienen en una regularidad empírica que requiere ser demostrada.

Así, según exista el soporte empírico correspondiente, estas generalizaciones podrán ser más o menos sólidas, siendo necesaria su solidez para que se encuentre justificada su aplicación en el razonamiento fáctico que con la prueba se realice en la decisión sobre los hechos, muy aparte de que dicha característica jamás debería

---

<sup>7</sup> Es decir, obtener una regla que se pretende sea de aplicación general, pero a partir de un número determinado y particular de casos similares. Aquí, por supuesto, son aplicables los problemas vinculados a los razonamientos inductivos y la solidez de estos. Por ejemplo:

1: Todos los cuervos que he visto en mi vida son negros.

2: Por lo tanto, todos los cuervos son negros.

Como se aprecia, no es posible afirmar con certeza que todos los cuervos sean de color negro, dado que, en el ejemplo, solo existe observación de un número determinado de cuervos y no de todos los cuervos que existen. Por lo tanto, cuando se busca construir argumentos basados en inducciones, se atiende a criterios de probabilidad. Así, si el número de cuervos efectivamente observados fuese del 95%, quizá sería razonable afirmar que todos los cuervos son negros. Bajo esa lógica, si solo se hubiese observado el 30% de los cuervos, afirmar lo mismo sería menos razonable. Todo dependerá de la completitud de los datos efectivamente observados y, por cierto, de la fiabilidad de dichas observaciones.

depender del solo criterio del juez<sup>8</sup>. Y, en definitiva, cuando han sido traídas a la discusión por la dogmática, no han sido presentadas con sustento fáctico alguno que justifique su aplicabilidad para la prueba de los daños morales.

Esta serie de problemas refleja que la aproximación al daño moral desde la dogmática y desde la jurisprudencia ha sido incoherente e insuficiente. La incoherencia se hace evidente al definir al daño moral como un fenómeno que implica emociones y luego, cuando se trata la prueba de dichas emociones, se hace cualquier otra cosa excepto probarlas. No ha existido un verdadero compromiso con la conceptualización que se ha propuesto pues, en vez de acreditar la ocurrencia de los hechos que serían constitutivos del daño moral (emociones), se hace una ligera apelación a criterios que suponen la aplicación de generalizaciones empíricas sobre las cuales no se ha ofrecido mayor sustento.

De otro lado, esta aproximación ha resultado insuficiente en tanto que no se buscó encontrar los elementos definitorios de las emociones que resulten observables y, por ende, pasibles de ser probados. Se invirtió la mayor cantidad de esfuerzos en intentar determinar las fronteras de las categorías “daño moral”, “daño a la persona” y otras que formaban parte de los daños no patrimoniales. No obstante, con conocimiento de que las afectaciones anímicas y emocionales eran resarcibles (más allá del concepto bajo el que corriese dicho resarcimiento), no se trabajó en el estudio del contenido fáctico de dichas afectaciones.

Por todo ello, en la siguiente sección se propondrá, teniendo en consideración estas críticas, algunos puntos de partida para poder enfrentar este desafío nuevo y antiguo a la vez. Siempre se supo que definir al daño moral como una afectación

---

<sup>8</sup> Sobre estos asuntos, vinculados a las generalizaciones empíricas y cómo usarlas justificada y racionalmente, se puede consultar a Taruffo (2023; 2009); Limardo (2021), Limay (2021), entre otros.

emocional suponía, en algún punto, expandir el horizonte del estudio y empezar a echar mano de la psicología para poder entender esa realidad que se concibió desde la vigencia de la institución como merecedora de protección. Este reto ha sido, como reza el título de este trabajo, el elefante en la habitación: es visto por todos, todos saben que existe, incluso incomoda a muchos, no obstante, nadie se encuentra dispuesto a hablar al respecto.

## ***II. PUNTOS DE PARTIDA PARA UNA CONCEPTUALIZACIÓN MÁS INTEGRAL***

### ***1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: LA EFICACIA DEL DERECHO***

El punto de partida más importante, que sirve incluso de justificación de los siguientes, es aceptar que el derecho pretende ser eficaz<sup>9</sup>. Esta eficacia implica el cumplimiento de determinados objetivos y, en el caso del derecho, una de sus funciones principales es dirigir la conducta de sus destinatarios. Lo que se pretende con las normas jurídicas, en principio, es que las personas se vean incentivadas o desincentivadas a realizar ciertas conductas. Así, el derecho propone premios o castigos, beneficios o sanciones, para lograr tal cometido.

De esta forma, los aplicadores del derecho (los jueces), para poder castigar el incumplimiento de las normas de conducta deseables, deben constatar aquellos hechos prescritos de forma previa como incumplimiento en orden a aplicar las consecuencias (castigos) que el derecho haya asignado. Solo bajo este esquema es posible motivar adecuadamente las conductas de los ciudadanos. En este orden de ideas, en el hipotético caso de que un castigo se dé de manera aleatoria, es decir, con independencia de que el ciudadano destinatario de las normas haya cometido o no el

---

<sup>9</sup> Algunas de las ideas de este apartado, específicamente respecto de la eficacia del derecho, son atribuibles a Jordi Ferrer Beltrán (2007, pp. 29-31). En el mismo sentido, a Diego Dei Vecchi (2020, pp. 25-29).

hecho constitutivo del incumplimiento, el derecho dejaría de motivar a las personas a comportarse de la forma deseada por el derecho, pues daría igual comportarse bien o mal si en cualquiera de los casos es posible ser castigado.

Si no se vincula la conducta prevista (el hecho) con la sanción o consecuencia que tiene asignada, da igual para el ciudadano el cumplir o no cumplir la norma. Por tanto, solo si los jueces en el proceso judicial (o cualquier aplicador del derecho) cumplen con determinar la verdad de las proposiciones fácticas en discusión dentro de una controversia será posible que el derecho, como mecanismo para la dirección de conductas, cumpla con su objetivo eficazmente.

En esta línea, lo que necesita el derecho para poder ser eficaz es contar con definiciones y conceptualizaciones de sus instituciones que sean útiles, precisas y específicas. Si la prueba de aquellos hechos que el derecho dota de relevancia para formar parte de los preceptos con los que busca motivar las conductas de sus destinatarios es inespecífica, vaga o ambigua, el derecho pierde eficacia, pues será complicado que estos hechos sean acreditados o demostrados en los casos conflictivos.

Si esto es así, el caso del daño moral es un caso de muchos. Si para definir y conceptualizar esta voz de daño no se toma en cuenta que implica haberlos asociado a emociones transitorias y no patológicas como la tristeza, la angustia o la congoja, habrá claras dificultades para probarlo. Y, en este contexto problemático, son tres los posibles escenarios:

- Como no se sabe qué implica fácticamente una emoción, el daño moral será difícil de probar. Esto implica que las normas jurídicas dirigidas a evitar conductas que generan este tipo de afectaciones no patrimoniales dejarán de ser eficaces, pues el “castigo” por incumplirlas no será efectivo (se aplicará la

consecuencia muy pocas veces, menos veces de las que posiblemente se requiera).

- Como se desconoce qué implica fácticamente una emoción, es posible que se filtren indebidamente otros hechos (otro tipo de estado mental, por ejemplo) dentro de la categoría “daño moral”. Así, nuevamente, se diluye el desincentivo de conductas que generen este tipo de afectaciones no patrimoniales, porque la inespecificidad de la institución impide que el ciudadano conozca con claridad qué efectos lesivos debe evitar generar.
- Como no se tiene claridad respecto de qué implican las emociones, se busca formas contraepistémicas de tenerlas por probadas, como las ya mencionadas formulaciones del *id quod prelumque accidit* y el entender al daño moral como un daño *in re ipsa*. Estas vías alternativas para no dejar sin el debido resarcimiento a quienes resulten dañados generan un efecto no deseado por el derecho en las conductas de las personas: como no resultará necesario, bajo ninguna de ellas, el probar la afectación emocional de forma directa y efectiva, será más probable que los demandantes de resarcimientos en esos casos resulten victoriosos. Ello, por supuesto, implica que los ciudadanos tomarán muchísimos más cuidados en aquellas situaciones en las que pudieran crear este tipo de afectaciones emocionales. Esto, a su vez, puede, por poner algunos ejemplos, limitar transacciones económicas, desincentivar resoluciones de contratos, dificultar el ejercicio de derechos a la libre expresión, a la prensa, entre otros; pues, de crear dichas afectaciones, se tiene mayores probabilidades de resultar perdedor.

Por lo tanto, si ninguno de estos escenarios es deseable ni congruente con una de las principales funciones del derecho (su eficacia para la motivación de las

conductas de sus destinatarios), resulta necesario cambiar la manera en la que se definen las instituciones jurídicas y, para efectos de este trabajo, la forma en la que se define al daño moral.

Entonces, considerando que el derecho requiere de definiciones y conceptualizaciones útiles, precisas y específicas, será también necesario incluir en dichas actividades a aquellos elementos observables de los fenómenos o hechos que constituyan las categorías o instituciones jurídicas, puesto que esencialmente estas requieren ser probadas. Este es el primer punto básico de partida. Así, se justifican los dos siguientes puntos, que versan exactamente sobre lo dicho: aceptar directamente que el daño moral supone emociones y que estas son estados mentales mixtos; y, de otro lado, que, si se tiene que probar emociones, es necesario saber cómo, desde la epistemología, es posible acceder a ese tipo de conocimiento de la realidad.

## *2. EL DAÑO MORAL ES UN ESTADO MENTAL MIXTO QUE REPRESENTA UNA EMOCIÓN*

Para poder iniciar con este segundo punto de partida para la conceptualización del daño moral, hay que aceptar que se trata de un estado mental mixto que representa una emoción. Esto implica comprender, aunque en esta sede se trate de manera muy introductoria, lo siguiente: qué son los estados mentales; qué explicaciones existen respecto del concepto de emoción; y, finalmente, qué supone que las emociones constitutivas del daño moral sean estados mentales mixtos.

Los estados mentales, en general, son hechos no físicos. De hecho, son bastante usuales en la vida común y las personas los experimentan constantemente. Una breve clasificación, tomada de lo propuesto por Daniel González Lagier (2022, pp. 52), puede diferenciar los siguientes tipos de estados mentales: voliciones (deseos, intenciones); cogniciones (creencias, conocimientos); percepciones y sensaciones; estados afectivos

(emociones, estados de ánimo) y; finalmente, actos mentales (como planear, decidir, entre otros).

Este tipo de hechos se distingue de los hechos físicos a partir de una serie de características intrínsecas. Entre ellas están la posibilidad de ser conscientes de los estados mentales que se experimentan; contar con un componente fenomenológico llamado *qualia*<sup>10</sup> (González Lagier, 2009, pp. 29-30; De Brigard, 2017, pp. 25-28), tener un contenido representacional pues versan sobre objetos o cosas de la realidad;<sup>11</sup> ser subjetivos y; por último, tener la capacidad de causar hechos físicos, como una especie de causalidad mental (González Lagier, 2022, pp. 52-54)<sup>12</sup>.

Siguiendo todas estas características, puede concluirse que los estados mentales tienen dos rasgos esenciales, que son o *tener un contenido representacional*, o *poseer un carácter fenomenológico*. Por un lado, estarán, entonces, aquellos estados mentales como los deseos, las creencias y las intenciones, que contienen claramente

---

<sup>10</sup> A mayor abundamiento, podría decirse que el *qualia* está directamente relacionado con los aspectos fenomenológicos de los estados mentales, pero intrínsecamente vinculado a la experiencia de cada sujeto. En palabras de De Brigard (2017), puede asociarse al *qualia* al “modo” en el que la experiencia personal de cada quién se manifiesta; además, que este “modo individual de experimentar” goza de características como ser interno, privado, de acceso personal e inmediatamente aprehensible en la conciencia (es decir, es “conocido” desde la perspectiva de la primera persona). Un ejemplo concreto de *qualia* podría ser el siguiente: Adrián es un experto del café, pues ha cursado múltiples estudios al respecto y conoce a nivel teórico absolutamente todos sus aspectos: perfiles de sabor, orígenes, altura de cultivo, temperatura de cultivo, formas de procesamiento de la pulpa, grados de tueste, métodos de preparación, calibración de máquinas, etc. Sin embargo, Adrián también padece de una condición que le impide percibir sensorialmente sabores y olores. Adrián sabe todo sobre el café, pero le hace falta *aprehender su modo de experimentar* su sabor y aroma. Esta particular forma en la que Adrián experimentaría aquello, si pudiese percibir sabores y olores, se denomina *qualia*.

<sup>11</sup> Por ejemplo, las creencias y los deseos tienen un contenido representacional de la realidad. Así, es posible decir “Creo que terminaré de hacer los deberes” o “Deseo terminar de hacer los deberes”. En ambos casos, el objeto de la realidad contenido en los estados mentales señalados es el mismo (los deberes), pero su modo psicológico varía entre la creencia y el deseo.

<sup>12</sup> La causalidad mental a la que se hace referencia significa que los estados mentales tienen una vinculación directa con los estados físicos. Es decir, en otros términos, que los estados mentales son capaces de causar hechos físicos: un contenido mental puede producir un efecto materializado. Esto, por su parte, explica por qué las razones o los motivos que se tienen producen una gran influencia en la probabilidad de que una persona (el agente) actúe de una u otra forma.

un objeto de la realidad, de manera que resulta predicable de estos el tener un contenido representacional. De otro lado, las sensaciones o percepciones serán aquellos que cuentan de forma principal con un contenido fenomenológico, pues son expresiones típicas del *qualia*. Y, finalmente, las emociones son más bien una mezcla de ambos, razón por la que se les puede denominar *estados mentales mixtos* (González Lagier, 2022, p. 54).

Esta forma de comprender a las emociones proviene de entender que, dentro de aquellas escuelas de pensamiento que intentaron definirlas, existía una aproximación reduccionista (González Lagier, 2009, pp. 49-57). Por un lado, las concepciones mecanicistas de las emociones les atribuían características que las asocian más con su contenido fenomenológico. Así, se afirma desde estas posturas que las emociones se parecen a las pasiones en tanto “solo ocurren” a las personas, que las experimentan de forma pasiva. De la misma manera, estas no formarían parte de la racionalidad ni de la cultura humana, pues tienen su origen en lo innato: siguiendo sus propias reglas empujan a las personas a actuar más allá de su voluntad.

De otro lado, las concepciones cognitivas de las emociones les atribuyen un contenido evaluativo (de creencia), vinculando el fenómeno (*qualia*) a la creencia que se tiene respecto de un objeto. Estas condiciones implican que las emociones pueden estar justificadas (o no) si es que la creencia que las activa también lo está. Esta visión permite no solo explicar las acciones que se realizan a partir de la experimentación de emociones, sino también posibilita controlarlas “dominando” la creencia que las genera.

A partir de cada una de estas posturas lo que se hace es explicar a las emociones, pero desde aspectos o ámbitos aislados, lo cual, como se dijo, es reduccionista y plantea una falsa dicotomía: las emociones no necesariamente son solo fenómenos, ni son necesariamente solo creencias, es más bien un poco de ambas situaciones. De

hecho, ambas teorías dan cuenta de aspectos relevantes de las emociones que, por separado, perderían completitud<sup>13</sup>.

Existen, por su parte, teorías integradoras de las propuestas anteriormente, que permiten dar cuenta de lo que suponen las emociones de una forma más completa. Al respecto, se ha propuesto entender a las emociones como un “proceso” (González Lagier, 2009, pp. 56-57 y 61-74).<sup>14</sup> Este entendimiento implica que una emoción no es algo que ocurre en un momento temporal fijo y determinado, sino que, por el contrario, pasa por todo un desarrollo y evolución, diversificado en etapas. Así, para caracterizar a las emociones, es necesario precisar qué elementos o etapas conforman el proceso que las enmarca. Ahora bien, como podrá advertirse, forman parte de este proceso no solo estados mentales, sino también respuestas fisiológicas y otros hechos externos.

A saber, se puede distinguir a los siguientes elementos:

- Creencia o evaluación: Las creencias y las evaluaciones están muy conectadas con las emociones pues, de hecho, las producen. Así, la realización de una evaluación de un objeto o fenómeno (por ejemplo, de un hecho físico) puede incidir en la satisfacción o frustración de un deseo o proactividad. Dependiendo de si esta evaluación es favorable o desfavorable a la proactividad del evaluador, se podrá producir una emoción positiva o negativa.
- Objeto intencional: Las emociones tienen un objeto intencional, pues recaen sobre *algo*. De esta forma, por ejemplo, puede sentirse la emoción “miedo” respecto de un objeto externo, como podría ser un revólver apuntando directamente a la sien de quien padece dicha emoción. El revólver, bajo dichas

---

<sup>13</sup> Sin perjuicio, por supuesto, de que haya más teorías al respecto que puedan ofrecer elementos diferentes.

<sup>14</sup> Esta y las próximas ideas vinculadas a las emociones entendidas como “proceso” son atribuibles al autor en referencia.

circunstancias, es el objeto intencional de la emoción padecida. Cabe precisar que el objeto intencional no necesariamente debe ser físico, pues podría existir perfectamente producto de la imaginación, de un sueño o hasta de una alucinación.

- **Reacción fisiológica:** Las emociones conllevan cambios físicos diversos, como sudoración, aceleración del ritmo cardíaco, rigidez, etc. Estos cambios pueden darse en distintos ámbitos corporales de quien atraviesa determinada emoción, así como también pueden variar en su nivel de intensidad. Por supuesto, según el tipo de emoción se producirán distintas reacciones fisiológicas.
- **Sensación:** Este componente del proceso de las emociones está estrechamente vinculado con el *qualia* (en plural) o *quale* (en singular). Asumiendo que cada una de las emociones puede estar asociada a un *quale* específico, las sensaciones son cambios fisiológicos perceptibles de forma particular cuando se experimentan emociones. Dichas sensaciones, según los cambios fisiológicos sean agradables o desagradables, resultarán adscribibles a emociones positivas o negativas.
- **Expresión de la emoción:** Mientras que las sensaciones hacían referencia a “formas de sentir” personalísimas (por estar vinculadas al *qualia*), bien podría afirmarse que la expresión de la emoción se trata de un cambio fisiológico típico y generalizado, identificable en patrones de gestos característicos de cada emoción. Por ejemplo, la alegría está asociada a la elevación de mejillas (el esbozo de una sonrisa). Si bien estos rasgos pueden variar cultural y geográficamente, las emociones más primarias suelen contar con rasgos más universales.
- **Disposición a la conducta:** Las emociones en su mayoría están vinculadas con acciones. Por ejemplo, es normal que quien atraviesa una emoción como el

miedo, tienda a huir de la situación u objeto que le produce dicha emoción. Esta acción (o tendencia a la acción) es creada y motivada directamente por las emociones. Ahora bien, es cierto que distintas acciones podrían, en el ejemplo, alejar al sujeto de aquello que le produce miedo. Por lo tanto, se puede afirmar más precisamente que las emociones generan tendencia a la acción, pero dirigida a ciertos objetivos en concreto (para el ejemplo, el objetivo es alejarse del peligro o de aquello que genera miedo).

Como se puede apreciar de toda esta serie de etapas y componentes del proceso emocional, hay una mezcla muy variada de aspectos cognitivos y de aspectos fenomenológicos, lo que, como se dijo, sostiene la postura de que las emociones son estados mentales mixtos.

Lo señalado anteriormente puede presentarse en el siguiente gráfico, en orden a que se facilite su comprensión:

### Figura 1

*Esquema de las etapas del proceso emocional*



*Nota.* El presente gráfico ha sido tomado de *Emociones, responsabilidad y derecho*, por Daniel González Lagier, 2009, p. 62. Marcial Pons.

Un ejemplo concreto en el que se atravesase por todas estas etapas podría ser el siguiente: si un sujeto recibe a través de un correo electrónico (objeto de la emoción)

la noticia de haber sido aceptado en el trabajo de sus sueños, lo evaluará como un suceso favorable a lo que siempre ha deseado desde que se graduó como abogado (juicio evaluativo). Esto podría producirle algunos efectos como cierta aceleración del ritmo cardíaco (cambios fisiológicos), por mencionar alguno. Posteriormente, notará que le es inevitable esbozar una sonrisa de oreja a oreja y abrir mucho los ojos del asombro (sensación/expresiones emocionales). Finalmente, al responder de inmediato el correo electrónico agradeciendo la oportunidad y confirmando su disponibilidad (tendencia a la acción), su emoción culmina.

Hasta aquí esta breve y muy introductoria explicación teórica respecto de lo que suponen las emociones. Ahora, que el daño moral haya sido definido como una afectación no patrimonial traducible a emociones transitorias o pasajeras (tales como la tristeza, la congoja o la angustia) implica, para poder estudiar esta institución jurídica en serio, indagar en qué aspectos fenomenológicos se expresan en ellas y qué específico contenido representacional puede ofrecer cada tipo de emoción en particular (ambos aspectos al tratarse de estados mentales mixtos).

Básicamente, habrá que dedicar los esfuerzos de investigación a descubrir qué partes del proceso emocional resultan observables para poder aportar a la prueba del daño moral. Este segundo punto de partida para el estudio del daño moral como institución jurídica permite obtener, en primer lugar, esos elementos precisos, específicos y observables (en mayor o menor medida), que permitan luego probar la existencia de aquellos hechos que constituyen a esta voz de daño.

### *3. ¿CÓMO SE CONOCEN (Y SE PRUEBAN) LOS ESTADOS MENTALES DE LOS DEMÁS?*

El último y tercer punto de partida para poder estudiar y definir al daño moral en serio como institución jurídica tiene una vinculación directa con la epistemología

y la prueba de los hechos. Es necesario saber cómo es que las personas, y especialmente los jueces, conocen los estados mentales de terceros. Esto es así debido a que son los jueces quienes finalmente decidirán si tienen o no por probados aquellos hechos constitutivos del daño moral (emociones transitorias y no patológicas).

Sobre el particular, la doctrina de referencia (González Lagier, 2022, p. 62 y ss.) ha señalado que es algo común en la vida cotidiana que las personas sean capaces de realizar atribuciones psicológicas exitosas en otros. Ello, por supuesto, forma parte de las habilidades que tienen los seres humanos que permiten la vida en sociedad (Vietri, Alessandroni, & Piro, 2019, p. 1). No obstante, lo realmente complicado es saber cómo esto es posible. Para responder a esa interrogante, se ha hecho referencia a tres grados o vías de aproximación al conocimiento de los estados mentales de terceros, los cuales también son transitados por los juzgadores cuando quieren conocer las eventuales emociones que habrían sentido las partes que pretenden resarcimientos por daño moral (González Lagier, 2022, pp. 62-65).

En primer lugar, el juez puede aproximarse desde la *tercera persona* a los estados mentales de las partes, pudiendo hacerlo de dos maneras. En la primera, el juez, realizando generalizaciones “de sentido común”, valora la conducta que tiene la parte, la cual debería ser consistente con los estados mentales o el sufrimiento que alega, por ejemplo. Esta primera manera implica contar con una “teoría de la mente”, que no es más que una serie de generalizaciones sobre la cognición y motivación psicológica que permiten a los seres humanos la atribución de estados mentales a otros y a sí mismos (Vietri, et al. 2019, p. 2; Skidelsky, 2011, pp. 38-39).

La segunda manera, conocida como “estrategia de la racionalización”, implica que el juez asuma que todas las personas son racionales y que, por tanto, actúan bajo parámetros de racionalidad; de esta manera, el juzgador analizará la veracidad de las

afirmaciones que realiza la parte respecto de sus emociones o estados mentales, contrastándolas con la racionalidad de su conducta, lo que permitiría al juez realizar alguna atribución psicológica a partir de la interpretación de su conducta.

En segundo lugar, cuando el juez se aproxima desde la *primera persona* a los estados mentales de las partes parte lo hace desde el autoconocimiento: el juez conoce sus propios estados mentales, es decir, sabe cómo se sentiría (o se ha sentido) bajo determinados estímulos, por lo que colocándose en el lugar de quien alega el sufrimiento emocional, le atribuye estados psicológicos a partir de la empatía.

Y, en tercer lugar, cuando el juez se aproxima desde la *segunda persona* a los estados mentales de las partes, lo hace a partir de una comunicación activa con la parte que alegue el sufrimiento emocional, lo que le permitiría “interpretar” dicho estado psicológico. Al respecto, esta forma de aproximación supone que quien analiza el estado mental es también un sujeto consciente, capaz, que realiza un análisis desde su propia perspectiva (analiza desde la tercera persona al demandante, tomando como referencia elementos de una aproximación desde la primera persona).

Así, se deja algo de lado la inevitable asimetría que existe al analizar a un tercero (Skidelsky, 2011), precisamente para que la interacción directa, humana y personal que se tenga sea la que permita alcanzar el conocimiento de los estados mentales padecidos. En suma, una aproximación desde la segunda persona es una experiencia sensitivo-motriz que, desde la comunicación sensitiva, permite una “alianza existencial” entre quien analiza y el analizado (Díaz, 2005, pp. 26-28).

Como se aprecia, estos grados de aproximación no son excluyentes entre sí. De hecho, es conveniente considerar que, por ejemplo, asumir que las personas son racionales para poder atribuir estados mentales puede ser más útil cuando se quiera

conocer un estado mental en el que el contenido representacional prime. En cambio, aproximaciones desde la tercera persona resultan más útiles para adscribir estados mentales en los que prima el contenido fenomenológico. De la misma manera, mediante una aproximación desde la segunda persona, haciendo las preguntas correctas al analizado, también es posible obtener información valiosa. Por consiguiente, utilizar las distintas formas de aproximación para acceder al conocimiento de estados mentales mixtos como las emociones que constituyen el daño moral resulta lo más ideal.

Ahora bien, comprender a las emociones desde una u otra concepción, como se indicó en el apartado anterior, brindará elementos que pueden ser más o menos observables. Asimismo, dependiendo de la emoción que se trate (por ejemplo, para el caso del daño moral, las recurrentes tristeza, congoja o angustia), podrá tener predominancia fenomenológica o podrá primar el contenido representacional. Estos factores deberán ser tomados en cuenta para poder encontrar cuáles son aquellos elementos constitutivos de las emociones (según su particular proceso emocional) que se busca probar cuando se habla de daño moral, en orden a poder incluirlos en la misma definición y caracterización que se realice de la institución. Se podría, incluso, tomar partido por alguna concepción de emoción en particular según posea una mayor cantidad de elementos constitutivos observables en determinada emoción (y adoptar otra concepción de emoción para otras), lo que facilitaría acceder a qué elementos demostrar para tener por probado al daño moral.

Finalmente, considerando lo dicho hasta el momento, para poder conceptualizar al daño moral se puede obtener una aproximación que no solo da cuenta de qué factores componen a las emociones como una realidad observable, sino también que aspectos epistemológicos entran en juego al momento de probarlas. De

esta forma sí resulta posible obtener una definición útil para el derecho, que le permita mantener su eficacia respecto de la motivación de las conductas de sus destinatarios.

#### ***IV. CONCLUSIONES***

El daño moral ha sido un tema de amplia discusión en la doctrina y en la jurisprudencia nacional. Las encrucijadas entre el daño moral y el daño a la persona, a lo largo de la vigencia del Código Civil de 1984, han ocupado la mayor parte de los esfuerzos de los estudiosos y de los juzgadores del derecho, concluyendo -en líneas generales- que el daño moral es una afectación no patrimonial que incide en el estado anímico de las personas, turbándolos emocionalmente de forma temporal, pasajera y no patológica, siendo posible que estas emociones sean de tristeza, congoja, angustia, entre otras. Adicional a ello, se cuenta con algunos avances adicionales respecto de la prueba del daño moral, apelando principalmente al precepto *id quod prelumque accidit* o a entender que el daño moral es un daño conceptualmente *in re ipsa*.

Sin perjuicio de lo anterior, estas aproximaciones al daño moral han resultado incoherentes e insuficientes. Ello es así debido a que el desconocimiento de lo que suponen las emociones desde la psicología ha conllevado a crear mayores dificultades probatorias respecto de esta voz de daño. Así, pese a que los autores definieron al daño moral como una afectación emocional, no fueron capaces de comprometerse verdaderamente con la definición que brindaron cuando se preguntaron sobre la prueba de esta voz de daño. Recurriendo a formulaciones que apelan a generalizaciones empíricas y evitando asumir la prueba de las emociones como tal, se ha preferido decir que el daño moral es “de difícil probanza” en vez de enfrentar el viejo y nuevo desafío de probarlo.

Dado este contexto (este gran elefante en la habitación del Código Civil), resulta necesario replantear la forma de aproximarse al daño moral, cambiando los puntos de partida. Primero, aceptar la eficacia del derecho como principio para abandonar aproximaciones endógenas a las instituciones jurídicas y, más bien, tomar como referencia la realidad y las ciencias que la estudian para obtener conceptualizaciones útiles, eficaces y precisas. Segundo, asumir que el daño moral es un estado mental mixto que representa una emoción, lo que supone comprender a los estados mentales (en especial a los mixtos) y a las emociones junto con las concepciones que han pretendido definir las y dotarlas de contenido. Y, tercero, indagar en cómo se conocen los estados mentales, en orden a elegir las mejores y más eficientes vías de aproximación, según el tipo de emoción que se trate, con la finalidad de viabilizar su prueba.

Con estos puntos de partida será posible realizar una definición y conceptualización útil, efectiva y realista del daño moral como afectación emocional transitoria y pasajera, dejando atrás conceptos que no han sido dotados de contenido y permitiendo el avance del estudio de esta institución jurídica. De forma más específica, será posible tomar como referencia para su desarrollo dogmático a aquellos elementos de las emociones que sean más observables y distinguirlos según el concepto de emoción que se asuma, para cada tipo de emoción a tratar.

## V. **BIBLIOGRAFÍA**

Buendía de los Santos, E. (2016). Un alegato a favor del daño *in re ipsa*: A propósito de los daños a derechos de la personalidad de la persona jurídica en el sistema jurídico peruano. *IUS 360*. Recuperado de <https://ius360.com/un-alegato-favor-del-dano-re-ipsa-proposito-de-los-danos-los-derechos-de-la-personalidad-de-la-persona-juridica-en-el-sistema-juridico-peruano/>.

- De Brigard, F. (2017). El problema de la conciencia para la filosofía de la mente y de la psiquiatría. *Ideas y valores*, 3, 15-45. <https://doi.org/10.15446/ideasyvalores.v66n3Supl.65652>.
- De Trazegnies Granda, F. (2001). *La responsabilidad extracontractual* (Vol. 2, 7ª ed.). Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Dei Vecchi, D. (2020). *Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio*. Puno: Zela.
- Díaz, J. L. (2005). La identidad del dolor: ¿Lesión, congoja, lamento o neuromatriz? *Salud Mental*, 28 (2), 13-32.
- Espinoza Espinoza, J. (2019). *Derecho de la responsabilidad civil* (Vol. 1, 9ª ed.). Lima: Instituto Pacífico.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Fernández Cruz, G. (2023). *El daño no patrimonial y el daño moral (dos ensayos)*. Lima: ARA Editores.
- Fernández Cruz, G. (2015). La dimensión omnicompreensiva del daño no patrimonial y la reclasificación de los daños. *Advocatus*, 31, 317-338. <https://doi.org/10.26439/advocatus2015.n031.4370>.
- Fernández Sessarego, C. (1998). Daño a la persona y daño moral en la doctrina y en la jurisprudencia latinoamericana actual. *THEMIS Revista de Derecho*, 38, 179-209. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10319>.
- Fernández Sessarego, C. (1996). Daño al proyecto de vida. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, 50, 47-97. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199601.003>.

- González Lagier, D. (2022). Filosofía de la mente y prueba de los estados mentales: Una defensa de los criterios de “sentido común”. *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, 3, 49-80. [https://doi.org/10.33115/udg\\_bib/qf.i3.22731](https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i3.22731).
- González Lagier, D. (2009). *Emociones, responsabilidad y derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- IUS 360 (8 de febrero de 2019). *¿Cuál es la diferencia entre resarcimiento e indemnización?* | Rómulo Morales [Vídeo]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=NNgOkjUUTTg>.
- León Hilario, L. (2017). *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas* (3ª ed.). Lima: Instituto Pacífico.
- León Hilario, L. (2003). Funcionalidad del “daño moral” e inutilidad del “daño a la persona” en el derecho civil peruano. *Revista Peruana de Jurisprudencia*, 23.
- Limardo, A. (2021). Repensando las máximas de experiencia. *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, 2, 115-153. [https://doi.org/10.33115/udg\\_bib/qf.i2.22464](https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i2.22464).
- Limay Chávez, R. (2021). Las máximas de experiencia en la valoración racional de la prueba: Uso adecuado e inadecuado desde la perspectiva de género. *Revista IUS ET VERITAS*, 63, 208-223. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202102.011>.
- Muffato, N. (2021). Michele Taruffo sobre las máximas de experiencia. *Derecho & Sociedad*, 57, 1-38. <https://doi.org/10.18800/dys.202102.003>.
- Retamozo Escobar, J. (2015). Daño a la persona y daño moral: Un paso adelante. *Actualidad Civil*, 11, 186-203.

Skidelsky, L. (2011). Autoconocimiento y Atribución de Estados Mentales en Teoría de la Mente, *Revista Argentina de Ciencias del Comportamiento*, 3(1), 34-53. <https://doi.org/10.32348/1852.4206.v3.n1.5232>.

Osterling Parodi, F., & Castillo Freyre, M. (2003). *Tratado de las obligaciones* (Vol. X). Lima: Fondo Editorial de la PUCP, Biblioteca para leer el Código Civil.

Taruffo, M. (2023). *Contribución al estudio de las máximas de experiencia* (P. A. Ibáñez, Trad.). Madrid: Marcial Pons.

Taruffo, M. (2009). Considerazioni sulle massime d'esperienza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 63(2), 551-570.

Vietri, M., Alessandroni, N. & Piro, M. (2019). La Perspectiva de Segunda Persona de la Atribución de Estados Mentales: Una Revisión Sistemática de su Estado Actual de Desarrollo. *PSYKHE*, 28(2), 1-17. <https://doi.org/10.7764/psykhe.28.2.1280>.

### 1. JURISPRUDENCIA

Perú. Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente. (9 de mayo de 2006). *Casación N° 3187-2005 La Libertad*.

Perú. Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente. (12 de octubre de 2010). *Casación N° 4619-2009 Ucayali*.

Perú. Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente. (19 de junio de 2014). *Casación N° 4393-2013 La Libertad*.

Perú. Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente. (3 de agosto de 2023a). *Casación N° 96-2019 Lambayeque*.

Perú. Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente. (21 de setiembre de 2023b). *Casación N° 2174-2019 Lambayeque*.

Perú. Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Transitoria. (6 de julio de 2016). *Casación N° 2084-2015 Lima*.

Perú. Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Transitoria. (13 de noviembre de 2019). *Casación N° 1161-2018 Lima*.

Perú. Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil. (13 de julio de 1998). *Casación N° 1070-95 Arequipa*.

Perú. Corte Suprema de Justicia de la República, Tercer Pleno Casatorio Civil. (8 de marzo de 2011). *Casación N° 4664-2010-Puno*.

## 2. *NORMAS*

Perú. Decreto Legislativo N° 295. *Código Civil*. 25 de julio de 1984.

## 3. *LISTA DE FIGURAS*

Figura 1: *Esquema de las etapas del proceso emocional* (p. 20).