

Por:
Carlos Adrián
Daza Lozada *

*DAÑO MORAL IN RE IPSA: USANDO LAS
“MÁXIMAS DE EXPERIENCIA” COMO
PLACEBO PROBATORIO*

Resumen

El daño moral ha sido considerado siempre como un daño de difícil probanza, debido a su carácter mental, subjetivo y transitorio. Por ello, para evitar la exigencia de una prueba directa, la doctrina y la jurisprudencia han promovido su tratamiento como un daño *in re ipsa*, infiriendo su existencia a partir del uso de máximas de experiencia. Las máximas de experiencia, en estas operaciones inferenciales, fungen para conectar la ocurrencia de ciertos hechos conocidos con la existencia desconocida y no probada del sufrimiento emocional constitutivo del daño moral. Sin embargo, desde este trabajo se sostendrá que muchas veces dichas máximas no cumplen con los requisitos epistémicos que justifiquen su aplicación, operando más bien como placebos probatorios: “legitiman” las decisiones aparentando corrección, pero no se cumple con lo mínimo requerido para su uso racional.

Abstract

Moral damage has long been regarded as a type of harm that is difficult to prove, due to its mental, subjective, and transient nature. To avoid the demand for direct evidence, legal doctrine and case law have promoted its treatment as damage *in re ipsa*, inferring its existence through the use of maxims of experience. In these inferential operations, maxims of experience function as tools to connect the occurrence of certain known facts with the unknown and unproven existence of emotional suffering constituting the moral damage. However, this paper argues that such maxims often fail to meet the epistemic requirements that would justify their application, instead operating as probative placebos: they “legitimize” decisions by simulating correctness, without satisfying the minimum conditions for rational use.

* Magíster en Razonamiento Probatorio por la Universitat de Girona y la Università degli Studi di Genova. Abogado por la Universidad de Piura (tesis con mención “sobresaliente”). Adjunto de docencia de diversas asignaturas del área de Sistema de Justicia de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro asociado del Grupo de Investigación “Proceso, Derecho y Justicia” (PRODEJUS–PUCP). Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-4109-8727>. cdaza@pucp.edu.pe

** Agradezco a los miembros de PRODEJUS y, de manera especial, a Luciano Laise, David Ibarra, Carla Tarifa y Renzo Cavani, por sus valiosos comentarios y críticas a versiones previas de este trabajo.

Palabras clave: Daño moral, responsabilidad civil, prueba, máximas de experiencia, razonamiento probatorio

Keywords: moral damage, tort law, evidence, maxims of experience, evidentiary reasoning

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. SOBRE EL CONCEPTO DE DAÑO MORAL. 1. DAÑO MORAL IN RE IPSA: APROXIMACIÓN DOGMÁTICA. 2. SIGUE: APROXIMACIÓN DESDE LA JURISPRUDENCIA. **III. INTRODUCCIÓN A LAS MÁXIMAS DE EXPERIENCIA Y ALGUNAS ADVERTENCIAS.** 1. ADVERTENCIAS. A) Problema 1. Los enlaces en las presunciones. B) Problema 2. La “suficiencia” del indicio necesario. 2. CONCEPTO DE MÁXIMA DE EXPERIENCIA. 3. SOBRE LA SOLIDEZ DE LAS GENERALIZACIONES Y ALGUNOS CRITERIOS PARA USARLAS CORRECTAMENTE. 4. ¿ES COMPATIBLE EL PANORAMA NACIONAL CON LAS EXIGENCIAS DE RACIONALIDAD APLICABLES A LAS MÁXIMAS DE EXPERIENCIA? DESENMASCARANDO EL PLACEBO PROBATORIO. **IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.**

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de la vigencia del Código Civil de 1984 ha existido una amplia discusión respecto de las voces de daño extrapatrimonial, dado que empezaron a coexistir el daño moral y el daño a la persona. Uno de los ejes de esta discusión ha sido la prueba de la existencia de aquellos hechos que constituyen a las mencionadas voces de daño. Particularmente, en el caso del daño moral, el objeto de probanza está conformado por el dolor o el sufrimiento emocional transitorio, hecho que ha sido considerado de difícil probanza por ser subjetivo y diferenciado en cada persona.

En razón de esta dificultad probatoria respecto del daño moral, ciertos sectores de la doctrina y la jurisprudencia han optado por entender que este es un daño *in re ipsa*. Esta manera de enfrentar la dificultad probatoria del sufrimiento emocional supone aceptar que existen circunstancias con una entidad tal, que la existencia del dolor resulta “evidente” en aplicación de “máximas de experiencia”. Así, la experiencia de los juzgadores permitiría colegir la existencia del sufrimiento emocional a partir de la prueba de dichas circunstancias, haciendo innecesario probar directamente que el dolor emocional existe.

Sin perjuicio de estos esfuerzos, sigue quedando poco claro cómo es que resulta razonable (y aceptable) entender que el sufrimiento se encuentra probado sin que se aporte prueba para ello. Adicionalmente, tampoco ha quedado evidenciado cómo es que la experiencia del juzgador resulta suficiente para tener por cierta la afirmación la existencia del sufrimiento; y, finalmente, tampoco ha sido tratado cómo es que se deben usar las máximas de experiencia, qué criterios existen para su aplicación y si en el caso del daño moral resulta razonable emplearlas. Como reza el título de este trabajo, aplicar irreflexivamente las máximas de experiencia para justificar el razonamiento fáctico parece ser más un “placebo probatorio” que una práctica rigurosa epistémicamente.

En ese sentido, el propósito de este trabajo es, en primer lugar, reconstruir acotadamente las posturas de la doctrina y de la jurisprudencia nacional respecto de la prueba de la existencia del daño moral. En segundo lugar, se realizará una aproximación al concepto de máxima de experiencia y a cuáles son los criterios que deben seguirse para utilizarlas razonalmente. Finalmente, se someterá a cuestionamiento a las posturas doctrinales y jurisprudenciales, verificando si han considerado los criterios de racionalidad para usar adecuadamente las máximas de experiencia para tener por probado el daño moral.

II. SOBRE EL CONCEPTO DE DAÑO MORAL

1. DAÑO MORAL IN RE IPSA: APROXIMACIÓN DOGMÁTICA

La doctrina nacional cree, muy pacíficamente, en la existencia de una distinción clara entre daños patrimoniales y no patrimoniales. De hecho, se ha dejado, hace ya bastante tiempo, de enfocar la protección dada por el derecho únicamente a las cosas, para pasar a proteger también a las personas (Fernández Cruz, 2015, p. 320; León, 2017, pp. 356-361), en las que, en aras de tutelar aquellos “intereses respetables” y no económicos propiamente (no valorizables en dinero), se han desarrollado distintas voces de daño para resguardar los valores inherentes al “[...] ser humano, considerado en sí mismo, en cuanto sujeto de derecho, desde la concepción hasta la muerte” (Retamozo, 2015, p. 199).

De esta forma, en la sistematización del daño como elemento de la responsabilidad civil, tras la derogación del Código Civil de 1936 y la inclusión de la voz “daño a la persona” junto a la voz “daño moral” en el Código Civil de 1984, se rompe con la tradición francesa que había regido la legislación hasta ese entonces (De Trazegnies, 2001, p. 110). Según esta, era lo mismo referirse al “daño moral” o al “daño no patrimonial”.

Ello es así dado que, desde la postura francesa, la idea de “moral” ya abarcaba lingüísticamente ese espectro interior y espiritual de la persona (estado de ánimo). Es precisamente en el proceso de “despatrimonialización” del derecho, en el que existía dudas sobre la posibilidad de valorar pecuniariamente lo inmaterial, que se reconoce que el daño moral (contrapuesto al daño patrimonial) es resarcible (León, 2017, pp. 353-357).

Es por eso que el “daño a la persona” aparece como una figura antisistema, contraria (al aparecer aislada en el artículo 1985° del Código Civil) al resto del

articulado del cuerpo normativo, tomando terreno que “tradicionalmente” correspondía al “daño moral”. Así es que surge la disputa sobre las fronteras entre estas dos voces de daño y es aquí en donde la doctrina y la jurisprudencia empiezan a trastabillar.

Más allá de que se pueda estar de acuerdo con la sistematización de voces de daño propuesta por Espinoza (2019, pp. 431-446), la cual pretende mantener ambas voces de daño (saliendo, al fin, de la interminable discusión de qué voz abarca a la otra) dándole a cada una un contenido independiente que las hace autónomas y no intercambiables entre sí, el problema surge cuando la doctrina civil, al conceptualizarlo para distinguirlo, se ha preguntado por la prueba del daño moral.

Es más o menos pacífico que el daño moral es equiparable al *preium doloris* (Espinoza, 2019, p. 446; Fernández Cruz, 2023, pp. 43-45; Fernández Sessarego, 1996, p. 57 y 1998, p. 191; Retamozo, 2015, p. 203; entre otros) o que, como punto en común al menos, desde la postura más tradicional (León, 2017, p. 348; Morales, 2020, pp. 76-77; De Trazegnies, 2001, p. 112), el concepto de daño moral abarca al daño a la persona e implica —entre otras cosas— al *preium doloris*, entendido como aquellos padecimientos anímicos, transitorios, no patológicos, de la esfera sentimental, sufridos por la víctima del daño. Pese a que el daño moral ha sido asociado con múltiples y variados fenómenos (Díez-Picazo, 2008; Espinoza, 2015, pp. 194-197), esta categoría ha sido asociada originariamente con el deseo de brindar protección al dolor o sufrimiento, sea este físico o emocional (Papayannis, 2020, p. 141).

Particularmente, el dolor emocional o sufrimiento emocional cuenta con una serie de problemas epistemológicos. Ello es así porque el dolor, en general, es una experiencia subjetiva y privada, lo que le brinda a quien lo sufre una posición epistémica privilegiada. Sin perjuicio de lo dicho, las creencias de un individuo sobre

su dolor físico —a diferencia del dolor emocional— cuentan con una mayor serie de parámetros externos de validación que permiten corroborar su existencia y entidad; el dolor emocional, por su parte, carece de tales parámetros, por lo que se ha llegado a afirmar, aunque en forma crítica, que “Quien siente dolor emocional, tiene dolor emocional [...]” (Papayannis, 2020, pp. 148-155).

Así, si bien existe esta autoridad epistémica, ello no hace que sea imposible probar el dolor emocional. Basta con indicar que este sufrimiento, constituido principalmente por emociones, se trata de un hecho psíquico, y como tal, no es objeto de prueba ya que de los hechos no es predicable la veracidad o falsedad, no cuentan con valor de verdad en estricto. Solo las afirmaciones sobre dichos hechos cuentan con valor de verdad, por lo que el enunciado “Adrián sufrió emocionalmente tras ser despedido ilegalmente” será verdadero únicamente si es cierto, en la realidad material del mundo, que Adrián sufrió; o falso, si Adrián nunca sufrió emocionalmente (Taruffo, 2005, p. 117; González, 2022, pp. 19-20).

En línea con estas ideas, y para intentar aproximarse a las complejidades de la prueba del sufrimiento emocional, recientemente se ha propuesto que existen algunas notas características para definir conceptualmente al daño moral y diferenciarlo de otras voces de daño extrapatrimonial (Fernández, 2023, pp. 98-157). Entre estas características se encuentran: i) El daño moral afecta a la faz interna del sujeto; ii) el daño moral es de naturaleza temporal; iii) su causalidad es atributiva o legal en sus consecuencias patrimoniales; y, iv) el daño moral es un daño de naturaleza *in re ipsa*.

Dejando de lado las tres primeras características, es la última la que llama la atención: ¿es el daño moral conceptualmente *in re ipsa*? Fernández Cruz, basándose en la discusión italiana existente al respecto, aunque realizando los deslindes

correspondientes, afirma que en el Perú “[...] no puede negarse la posibilidad de asignar la categoría de daño in re ipsa al daño moral [...]” (2023, p. 107).

Para sostener esta aseveración, el autor parte de la premisa de que cuando se dice que el daño moral es *in re ipsa* no es que no se requiera probar nada: siempre es necesario que se pruebe el hecho generador del daño y, a partir de ello, aplicando máximas de experiencia, podría concluirse que está probado también el sufrimiento emocional transitorio que implica el daño moral (es decir, sus consecuencias negativas), invirtiendo la carga de la prueba, haciendo que el presunto responsable del daño sea quien deba probar que este no fue sufrido por la víctima.

Así, Fernández verifica que lo importante es mirar al hecho generador y si este es suficiente para poder tener por probada también, en base a máximas de experiencia, la existencia del sufrimiento emocional. Para ello, hace uso de lo propuesto por Devis Echandía respecto de los “indicios necesarios”, los cuales, según su teoría, cuentan con un valor probatorio suficiente para demostrar de forma infalible la existencia del hecho que se investiga, creando “la certeza” de su ocurrencia, a diferencia de otro tipo de indicios que requerirían ser plurales para generar alguna evidencia sobre el hecho investigado.

Esto, por su parte, se lograría únicamente cuando se cuente con reglas de experiencia común o científica que no sufran excepciones, pues de esta forma se haría posible que la inferencia que se realiza a partir del indicio sea “cierta” (Fernández Cruz, 2023, pp. 112-113). Considerando los reparos mencionados, y tomando como referencia a Zavaleta Rodríguez (2018, p. 214), el autor matiza la posición de Devis Echandía, afirmando que, en vez de “certezas”, lo que se alcanza es más bien una “alta probabilidad” de la existencia del sufrimiento. De esta forma, refiriéndose a Taruffo (2008, p. 60), Fernández indica que es posible extraer razonablemente determinadas

inferencias a partir de estos indicios necesarios, lo cual, para el caso del daño moral, debe realizarse a partir de la aplicación de máximas de experiencia.

Desde esta explicación, el referido autor concluye que, para el daño moral, dada su gran dificultad probatoria, será necesario solo probar el indicio necesario que permita colegir que está probada su existencia en aplicación de alguna máxima de experiencia incorporada por el juez. Esta máxima de experiencia (cuyas condiciones mínimas de validez no han sido expresadas por Fernández), fundamentaría que sea aceptable tener por probada la existencia del sufrimiento emocional, invirtiendo la carga de la prueba. En estos términos, será ahora el demandado (el presunto causante del daño) quien deba probar que dicho sufrimiento nunca existió si es que no quiere verse perjudicado con la regla de juicio que brinda la carga de la prueba en sentido objetivo.

Esta regla de juicio, tras la inversión de la carga de la prueba, hará perder la controversia a alguna de las partes en caso no haya prueba suficiente respecto de determinado hecho controvertido. En el caso en cuestión, dado que el juez ha tenido por probada la existencia del daño moral a partir de la aplicación de una máxima de experiencia, prácticamente, se coloca al demandado en una posición en la que no tendrá mayores opciones para ganar la controversia que probar que el sufrimiento emocional alegado no ha existido (para mayor profundización respecto de las reglas de la carga de la prueba, Ferrer, 2022, pp. 405 y ss.).

Estas mismas teorías respecto del daño moral, publicadas en 2023, han sido ratificadas recientemente en audiencia pública a través de la participación del referido autor como *amicus curiae* ante la Corte Suprema de Justicia de la República. La audiencia de la Casación N° 3977-2023 Cusco, fue llevada a cabo públicamente el 27 de setiembre de 2025 en la ciudad de Lima, que aunque no tuvo como finalidad

establecer criterios para la prueba del daño moral, sí pretendió establecer criterios para la cuantificación del resarcimiento por este tipo de daño (aunque, a la fecha, sigue pendiente la divulgación del texto de la sentencia).

Esta es la manera en que parte de la más autorizada doctrina nacional ha entendido que el daño moral es *in re ipsa*. Y junto con Fernández Cruz están también Osterling Parodi y Castillo Freyre (2003, p. 391), León Hilario (2017, p. 39), Buendía de los Santos (2016), entre otros. A continuación, se realizará un sucinto análisis desde la jurisprudencia, en el que se procurará explicitar que se ha lidiado con la dificultad probatoria del daño moral más o menos de la misma forma que la doctrina: la tendencia es entender que el daño moral es *in re ipsa* en cierto tipo general de casos.

2. SIGUE: APROXIMACIÓN DESDE LA JURISPRUDENCIA

Para esta sección, se presentará solo algunos tipos de casos en los que la jurisprudencia entiende de manera relativamente generalizada que la existencia del daño moral se debe tener por probada a partir de la prueba de determinado hecho generador (*in re ipsa*). Se trata, definitivamente sin ser los únicos, de los siguientes supuestos: el daño moral generado por despidos contrarios a la ley; y, (ii) el daño moral generado por afectaciones de corte previsional.

Respecto del primer caso, la jurisprudencia nacional ha tenido una gran discusión sobre si el daño moral se presume o no a partir de los despidos contrarios a la ley. En otros términos, se ha discutido si el despido ilegal constituye ese “indicio necesario” o el hecho base suficiente del cual es presumible, a partir del uso de máximas de experiencia, la existencia del sufrimiento emocional traducible en daño moral.

De un lado, se defiende que se exija la prueba del sufrimiento, ya que el solo hecho de haber sido despedido no basta para determinar que el daño moral existe (Cas.

N° 3070-2016 Lima, FJ. 17). De esta forma, no sería posible asumir que siempre se da un impacto anímico tras un despido contrario a la ley, dado que hacerlo implicaría ir más allá de la presunción de culpa leve del empleador (Art. 1329 C.C.). Esto implicaría, a su vez, afirmar que el empleador conoce la individual situación emocional de cada trabajador, lo que no es razonable (Cas. N° 4385-2015 Huancavelica, FJ. 12). Además, se defiende que el daño moral sea probado por quien tiene la carga de la prueba al respecto, que en este caso es el perjudicado (Res. N° 14, Exp. 7147-2017, FJ. 19-20).

Estas consideraciones parecen haber sido también incorporadas a nivel más general, ya que el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil de Chiclayo en 2017, se llegó a la conclusión plenaria siguiente respecto de la prueba del daño moral: “Debe someterse a las reglas de la carga de la prueba del demandante y evaluarse los elementos de la responsabilidad mediante medios probatorios directos e indirectos no siendo suficiente presumir; y los criterios de cuantificación deben ser objetivos” (Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil, 2017).

Sin embargo, de conformidad con el artículo 116° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, únicamente los Plenos Jurisdiccionales Supremos pueden aprobar reglas interpretativas de obligatorio cumplimiento para el resto de instancias judiciales, razón por la que el referido Pleno Jurisdiccional Nacional no es vinculante.

De otro lado, se apuesta por la presunción de la existencia del daño moral para estos casos, pues se afirma que el solo hecho de haber sido despedido sin causa justa genera una aflicción emocional sobre la víctima del daño, así como merma su imagen ante sus familiares y la sociedad (Cas. N° 699-2015 Lima, FJ. 12). Ello sería así dado que la sola conducta antijurídica del empleador que despidió ilegalmente es prueba suficiente de la aflicción anímica constitutiva del daño moral (Cas. N° 3289-2016 Callao, FJ. 14). Así, apelando a la dificultad probatoria (Cas. N° 5816-2018 Piura, FJ.

12), estaría justificado presumir el daño moral tomando en cuenta las máximas de la experiencia (Cas. N° 5721-2011 Lima, FJ. 10) invirtiendo la carga probatoria: el demandado deberá, entonces, probar que el trabajador despedido no sufrió o que la aflicción anímica ocurrió por causas que no le son imputables.

Estas posturas contrapuestas parecen haber alcanzado una salida en 2019, ya que el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral desarrollado en Tacna el 23 y 24 de mayo de 2019 (que tampoco es vinculante), estableció que la existencia del daño moral causado a partir de despidos contrarios a la ley se presume cuando, además de vulnerarse el derecho al trabajo con el despido, se vulneren también derechos de la personalidad como el honor, la dignidad, entre otros. Sin embargo, hasta la fecha siguen existiendo posturas divididas.

A decir verdad, al menos a efectos de este trabajo, puede afirmarse que casi cualquier despido contrario a la ley (por no decir todos) puede ser fácilmente reconducido —con una argumentación medianamente elocuente— a la vulneración de la imagen o de la dignidad, máxime si parte de la vulneración puede suponer, por ejemplo, afectar el derecho a la imagen. Bastaría, por ejemplo, con alegar que la imagen del despedido frente a su familia o seres queridos se ha visto mermada, lo que incluso ocurriría con independencia de que el despido sea contrario o no a la ley. Esto, por supuesto, hace que en la realidad se esté ante una presunción de daño moral derivada —prácticamente— de la sola ilegalidad del despido.

Así, se ha entendido que la existencia del daño moral se entiende *in re ipsa* a partir de la prueba de la ilegalidad del despido, la cual sería el hecho base o, en los términos antes mencionados, el “indicio necesario”, todo ello aplicando una máxima de experiencia —que no necesariamente es precisada expresamente como tal en las

sentencias— como “ser despedido ilegalmente genera normalmente una afectación anímica o emocional”.

Por su parte, mientras que en el caso de los despidos contrarios a la ley existió, con matices, una discusión entre si se debe entender que el daño moral se da *in re ipsa* o no, para el caso de afectaciones por cuestiones vinculadas a pensiones de jubilación —el segundo caso— la jurisprudencia es prácticamente unánime.

En razón de ajustes no realizados en el monto de las pensiones de jubilación, así como respecto de pensiones devengadas no pagadas (vinculados ambos con el derecho fundamental a la pensión), la jurisprudencia ha entendido que las afectaciones emocionales derivadas de dichos hechos se presumen, siendo el juez quien debe empatizar, midiendo el sufrimiento que él mismo sentiría en una situación similar (Cas. N° 5677-2017 Lambayeque, Sumilla; Cas. N° 2231-2018 Lambayeque, FJ. 7; Cas. N° 2440-2018 Lambayeque, FJ. 10; Cas. N° 2585-2017 La Libertad, FJ. 6). Esta situación no solo sería aplicable para el pensionista, sino también para sus familiares (Cas. N° 3115-2018 Lambayeque, FJ. 18). De forma similar, la jurisprudencia respecto de este tipo de casos ha aplicado una máxima de la experiencia como “no recibir las pensiones correspondientes, en el monto adecuado según la ley, siempre genera afectaciones anímicas sobre los pensionistas”.

Si se observa lo expuesto hasta el momento de forma panorámica, no es difícil encontrar una cierta tendencia que viene siendo seguida por la doctrina y por la jurisprudencia. Esta manera de lidiar con la dificultad probatoria del daño moral, apelando al uso de una máxima de experiencia cuya proveniencia no es conocida ni expresada en las decisiones judiciales (probablemente ha sido extraída del conocimiento privado del juez o incluso de su empatía), más allá de ser altamente problemática, es el reflejo de la falta de esfuerzos serios e interdisciplinares que

busquen dotar de verdadero contenido a la voz “daño moral”, pues no se puede pretender probar algo si es que no se determina con claridad el objeto de prueba y si tampoco se profundiza en qué implica que dicho objeto se encuentre probado.

Cuando desde los estudios de derecho civil se ha intentado profundizar respecto de la prueba del daño moral, lo único que se ha hecho es no enfrentar el problema real: se trata de la probanza de un hecho (el sufrimiento emocional) y se ha dicho muy poco sobre cómo se prueban los hechos o qué implica probar un estado mental como el sufrimiento. Y mucho menos sobre qué implica aplicar el conocimiento privado del juez desde las máximas de experiencia para tener por probados los hechos en un proceso concreto.

Por ello, en la siguiente sección se realizará una aproximación a las máximas de experiencia, dejando la primera cuestión sobre cómo se prueba este tipo de hechos para un futuro trabajo. Asimismo, se detallará cómo es que las máximas de experiencia deben ser empleadas bajo criterios racionales y bajo qué circunstancias sí resulta válido y justificado “realizar inferencias racionales a partir de indicios necesarios”.

III. INTRODUCCIÓN A LAS MÁXIMAS DE EXPERIENCIA Y ALGUNAS ADVERTENCIAS

1. ADVERTENCIA

Antes de realizar un análisis de la idea de máxima de experiencia y de los problemas que existen en las condiciones que justifican racionalmente su uso, es necesario precisar que la postura vigente respecto del daño moral y su entendimiento como un daño *in re ipsa* cuenta con una serie de aristas relacionadas que no se desarrollarán en este trabajo.

Sobre lo dicho, y sin mucho riesgo de equivocación, puede afirmarse que el actual tratamiento *in re ipsa* del daño moral es, en realidad, una constelación de atajos argumentativos, de placebos probatorios, que realizan un abordaje confuso, poco claro e insuficiente de varios conceptos.

Más allá de aquellos vinculados al uso de máximas de experiencia, estos problemas, al menos, pueden encontrarse en dos planos distintos, que a continuación se enunciarán de forma muy introductoria y acotada a los efectos del presente trabajo.

A) Problema 1. Los enlaces en las presunciones

Las presunciones son un tipo de razonamiento que sirve para fijar la existencia de un hecho no probado (*factum probandum*) sobre la base de un indicio conocido y probado (*factum probans*) (Tarucho, 1974, p. 83). Presumir, en ese sentido, implica aceptar que una proposición fáctica es verdadera (Mendonça, 1998, pp. 85-87) basándose en razones que permiten indicar la verdad o falsedad de tales proposiciones; es decir, razones epistémicas (Dei Vecchi, 2019, p. 3).

Al respecto, existen diversos tipos de presunciones en el derecho (Ferrer, 2022, p. 413; Gama, 2013. p. 83); sin embargo, a efectos de esta sección conviene diferenciarlas según la proveniencia de su respaldo.

Por un lado, las presunciones pueden ser de origen normativo; es decir, encuentran su respaldo en una norma jurídica que crea una obligación cuyo destinatario es el juez. Esta obligación supone aceptar que, tras la prueba de determinado indicio, un hecho desconocido y no probado es verdadero.

Aquí, se genera una vinculación entre ambos hechos que no necesariamente está empíricamente validada —por ejemplo, la presunción de connmociencia— y puede darse por cuestiones de conveniencia. La falta de necesidad de una conexión

empíricamente validada entre hechos es posible pues es la norma la que impone con legitimidad tal conexión.

Lo anterior, en cambio, no ocurre cuando la presunción ya no es de origen normativo, sino más bien judicial. Este segundo tipo de presunciones encuentran su respaldo en el conocimiento común y en la experiencia de los jueces, que son quienes las aplican en sus decisiones.

Por razones de legitimidad, así como para garantizar los derechos de contradicción, impugnación y defensa de los destinatarios de las decisiones judiciales, este tipo de presunciones no pueden conectar dos hechos (el indicio conocido y el hecho desconocido) por razones de conveniencia.

Para estos casos, la vinculación o enlace entre el hecho del que parte la presunción y el hecho desconocido al que arriba debe conectar dichos hechos de forma verificable empíricamente. Ello es así pues, de lo contrario, la parte cuyos intereses se vean perjudicados con la presunción se vería impedida de criticar y defenderse con argumentos respecto de la incorrección de una decisión tomada según el parecer de lo que para el juez resulta “conveniente”.

Esta distinción resulta especialmente relevante al contrastarla con la postura que aquí se analiza críticamente: ni la dogmática (que pretende que el daño moral sea conceptualmente *in re ipsa*), ni la jurisprudencia, explicitan cuáles serían aquellas razones empíricamente verificadas según las que arribarían a la conclusión de que el sufrimiento emocional (daño moral) existe. Tratándose en ambos casos de presunciones de origen judicial, es necesario precisar la verificación empírica de la conexión entre los hechos que se estarían tomando como indicios conocidos y probados y la existencia del sufrimiento emocional.

Con ello no se quiere decir que tal verificación empírica no exista en ninguno de los casos, sino que es necesario que sea expuesta en la decisión. Y, por supuesto, para lo propuesto por la dogmática, resulta difícil sostener que *en todos* los casos exista bases empíricas sólidas que permitan arribar a la conclusión presuntiva de que el sufrimiento emocional existió.

Estas reflexiones, respecto del primero de los problemas, puede llevar a pensar en serias matizaciones y aclaraciones de lo propuesto en el panorama nacional.

B) Problema 2. La “suficiencia” del indicio necesario

La postura criticada sostiene que es posible que existan indicios individuales que ostenten la calidad de necesarios para la determinación de la existencia del sufrimiento emocional (daño moral). Esta cualidad no solo se ve reflejada dogmáticamente, sino también la jurisprudencia parece haber seguido esta misma comprensión en los diversos casos previamente referidos. Según ello, la condición de “suficiencia” parece devenir del indicio mismo; es decir, la suficiencia a nivel probatorio se encontraría determinada, en este supuesto, sobre la base de una condición de hecho.

Sin embargo, esta manera de entender la suficiencia probatoria desconoce la existencia de lo que procesalmente se conoce como “estándares de prueba”. Los más comunes, por indicar algunos ejemplos, pueden verificarse en extensa doctrina y jurisprudencia bajo las formulaciones “*beyond any reasonable doubt*” o “más allá de toda duda razonable”, “*clear and convincing evidence*”, “prueba prevaleciente”, entre otras.

Para poder identificar a los estándares de prueba en la estructura de las decisiones sobre los hechos es de gran utilidad diferenciar los momentos de la actividad probatoria. A estos efectos, puede identificarse tres (Ferrer, 2007, pp. 41-49):

i) La conformación del conjunto de elementos de juicio; ii) la valoración de los elementos de juicio; y, iii) la adopción de la decisión sobre los hechos probados.

De forma sucinta, la conformación del conjunto de elementos de juicio supone la recaudación, presentación, y admisión (o exclusión) de todas aquellas informaciones incorporadas a un proceso a través de medios probatorios.

Luego del juicio de admisión y de la tramitación de todas las etapas procesales hasta antes de la sentencia, los elementos de juicio admitidos y disponibles en el proceso deberán ser valorados según los criterios generales de la lógica y la racionalidad. Esta valoración se realizará respecto de cada elemento de juicio de manera individualizada y, luego, se realizará una valoración conjunta de todos los elementos.

Esta etapa valorativa está pensada para que el juez, tras la valoración, determine cuál es el grado de apoyo empírico que los elementos de juicio aportan a la hipótesis discutida (o a su contraria). Sin perjuicio de ello, la asignación de un grado de corroboración a la hipótesis no dice nada respecto a si dicho grado asignado resulta suficiente para tener a tal hipótesis por probada. Puede ser un grado bastante alto (o bastante bajo) de confirmación, pero de ello no es posible extraer un “umbral” que determine la suficiencia.

Es aquí donde el paso a la tercera etapa de la actividad probatoria es crucial. La decisión probatoria que determina qué proposiciones fácticas han quedado probadas no se toma con base en el grado de apoyo empírico asignado a las hipótesis por el juez tras su valoración, sino que hace falta una indicación de “cuánta confirmación” es suficiente para que tener por probada dicha hipótesis esté justificado.

En este punto es que inciden los ya mencionados estándares de prueba, pues determinan dicho grado de suficiencia probatoria. En estricto, los estándares de

prueba son reglas (normas jurídicas) de carácter general que determinan un umbral a partir del que una hipótesis se considerará probada, que apela a criterios de tipo cualitativo relativos a la capacidad justificativa del acervo probatorio respecto de las hipótesis en conflicto (Ferrer, 2021, pp. 29-100). En ese sentido, y contrastando estos alcances con lo propuesto en la dogmática y jurisprudencia nacional, la idea de suficiencia probatoria a partir de “indicios necesarios” no se corresponde con la doctrina de referencia más extendida, pues la suficiencia no está determinada por un hecho —por más cualificado y determinante que este sea— sino por una norma jurídica.

Así, tras estas dos breves advertencias que complementan la crítica principal de este trabajo, corresponde profundizar en el estudio de las máximas de experiencia, con la finalidad de exponer, al menos introductoriamente, cuáles son los principales criterios racionales que existen para utilizarlas y qué problemas existe en la actual aplicación de estas a nivel dogmático y jurisprudencial.

2. CONCEPTO DE MÁXIMA DE EXPERIENCIA

Se ha valorado a las máximas de experiencia de formas muy diversas e incluso contrapuestas (Limay, 2021, pp. 212-214; Limardo, 2021, pp. 119-125; Muffato, 2021, pp. 3-8, entre otros). Solo por brindar algunos ejemplos, las máximas de experiencia han sido consideradas reglas empíricas, pero también se las ha concebido como reglas jurídicas; de la misma manera, se ha discutido si la fuente de la experiencia debe provenir del juez del caso (distinguiéndose el conocimiento que se deriva de su profesión de aquél que se encuentra al margen de su labor judicial) o del “hombre medio”, existiendo incluso una tercera fuente de conocimiento que es el aportado por los peritos o expertos (conocimiento científico).

No obstante, existen algunas características que son comunes entre todas estas diferenciaciones que podrían ser útiles para brindar un concepto de máxima de experiencia medianamente general. Las características que han sido conciliadas para definir a las máximas de experiencia están directamente vinculadas con su naturaleza y la estructura lógica que las compone lingüísticamente.

Así, lo primero que puede afirmarse es que las máximas de experiencia son reglas (naturaleza) de las que el juzgador puede servirse al momento de la valoración de la prueba. Es decir, luego de que se hayan aportado, admitido y practicado las pruebas en un proceso concreto, el juzgador tendrá que valorarlas individual y conjuntamente para saber el grado de confirmación que estas aportan a las hipótesis que se encuentran en conflicto; este momento valorativo es el que el juez dispone para la aplicación de máximas de experiencia (Ferrer, 2007, pp. 41-47).

Estas reglas expresan un enunciado fáctico descriptivo y condicional (contenido lingüístico). Este enunciado describe una generalización condicional que afirma una conexión verificable empíricamente entre un antecedente y un consecuente. De esta forma, una máxima de experiencia será verdadera únicamente cuando la generalización que conecta condicionalmente el antecedente y el consecuente que esta representa sea aceptable y suficiente (Limay, 2021, pp. 215-217). Tal es así que doctrinalmente se ha preferido reemplazar el término “máxima de experiencia” por el término “generalización” (Limardo, 2021, pp. 118-133), precisamente porque una “generalización” implica un enunciado fáctico y condicional, con pretensión de generalidad o universalidad.

Por ejemplo, para el caso del daño moral, es posible esgrimir una generalización como la siguiente: “ser despedido ilegalmente, normalmente, genera sufrimiento emocional”, donde “ser despedido ilegalmente” es el antecedente y “genera

“sufrimiento emocional” es el consecuente, ambos conectados por una idea de “normalidad”. Entonces, cuando se pruebe, de un lado, la ilegalidad de un despido y se aplique esta generalización, podrá asumirse —en este esquema— la existencia del daño moral.

Otro ejemplo claro podría ser el de los reportes indebidos a centrales de riesgo en caso de deudas no pagadas. Podría fijarse una generalización como la que sigue: “reportar indebidamente a una persona ante una central de riesgo genera sufrimiento emocional”, donde, al igual que el caso anterior, “ser reportado indebidamente a una central de riesgo” es el antecedente y “genera sufrimiento emocional” es el consecuente, los cuales deberán estar conectados suficientemente entre sí para que sea posible afirmar que esta máxima de experiencia es verdadera.

Como es razonable, estos enunciados descriptivos sobre el mundo no tienen la capacidad de ofrecer certezas absolutas sobre la ocurrencia de los hechos, dado que son expresiones de razonamiento inductivo. De un análisis amplio de casos particulares, se extrae una regla con pretensión de generalidad. Tomando el ejemplo anterior, la generalización “reportar indebidamente a una persona ante una central de riesgo siempre genera sufrimiento emocional” supone que se ha verificado una cantidad cierta de reportes indebidos que tendría que ser relevante para expresar adecuadamente una regla general, pero difícilmente se habrá considerado el 100% de los casos.

En línea con lo dicho, en muchísimas ramas del conocimiento no es posible contar con la información del total de los supuestos que la conforman, por lo que las generalizaciones que se realicen al respecto solo brindarán información sobre la ocurrencia de aquellos casos conocidos y utilizados para la construcción de dicha generalización, no para la ocurrencia de aquellos casos fuera de este conjunto. Por lo

tanto, la información que brindan las generalizaciones será probabilística: se obtendrá información respecto de la estructura causal de la ocurrencia de un hecho, lo que permite únicamente realizar hipótesis sobre la ocurrencia del mismo hecho en el futuro (Taruffo, 2023, p. 27).

Así las cosas, es necesario verificar qué tipo de generalización se pretende emplear, pues dependiendo de su grado de universalidad será posible determinar si conecta adecuadamente el antecedente con el consecuente. En ese sentido, en la siguiente sección se analizará qué requieren las generalizaciones para ser consideradas sólidas y qué criterios se debe seguir para utilizarlas.

3. SOBRE LA SOLIDEZ DE LAS GENERALIZACIONES Y ALGUNOS CRITERIOS PARA USARLAS CORRECTAMENTE

Las máximas de experiencia, como se señaló previamente, son reglas (por su naturaleza) que los jueces pueden emplear en la valoración probatoria, que expresan un enunciado fáctico descriptivo y condicional (Limardo, 2021, pp. 126-128; Limay, 2021, p. 216). No son solo un simple *stock of knowledge* vinculado a un conjunto de información relativamente fundada, anécdotas, memorias, estereotipos, prejuicios u otras especulaciones constitutivas del “sentido común” o de la “cultura media”: las máximas de experiencia son, como se precisó, reglas que permiten la determinación de los hechos en una controversia con un margen de error prácticamente tolerable (Taruffo, 2009, pp. 552-556).

Doctrinalmente (Taruffo, 2009, pp. 554-560; Limardo, 2021, p. 141 y ss.; Muffato, 2021, p. 9 y ss., entre otros) se ha diferenciado, de forma no exhaustiva ni cerrada, a las máximas de experiencia según la generalización que las sostiene, las cuales difieren según el grado de universalidad de la generalización.

Sin perjuicio de lo anterior, como bien señala Limay (2021, p. 215), la clasificación de máximas de experiencia puede variar según aspectos subjetivos y objetivos. Es decir, que dependerá de qué conocimientos tomen como referencia determinados grupos humanos, sociedades, comunidades científicas, etc., para la determinación de las máximas de experiencia; así como también influirá en dicha determinación el contexto social y el tiempo en el que dichos grupos humanos hayan existido.

Por lo tanto, vale la pena analizar a las generalizaciones desde lo esencial: hay que atender a la validez y a la solidez de la generalización, características que están determinadas según estas cuenten, o no, con apoyo empírico suficiente que asocie en un grado relevante a su antecedente con su consecuente. Aquellas generalizaciones que no resulten válidas ni sólidas han sido catalogadas como “espurias” y, caso contrario, cuando gocen de dichas características, serán “no espurias” o contarán con un grado de universalidad relevante (Schauer, 2006, pp. 7-10).

El grado de universalidad de las generalizaciones variará según sea constatable empíricamente (Limardo, 2021, p. 136) que entre el antecedente y el consecuente exista una asociación universal, lo que implica que en todos los casos posibles el antecedente se conecte ciertamente con el consecuente. Por ejemplo, respecto de la ley de gravedad, siempre que se suelte un objeto (antecedente), caerá (consecuente).

Con un grado menor de asociación, puede tenerse también que entre el antecedente y el consecuente exista una asociación fuerte, lo que implica que se constante que al menos en más de la mitad de las veces dicha conexión es cierta. Por ejemplo, más de la mitad de las veces las pruebas de ADN dan resultados adecuados a la realidad y fallan en un porcentaje mínimo.

Finalmente, también puede ocurrir que entre el antecedente y el consecuente exista una asociación por representatividad. Esto supone que dentro del universo de casos, un grupo de ellos, aunque sean una minoría, posean mayoritariamente alguna característica “x” respecto de otros grupos del mismo universo. Por ejemplo, podría decirse que de todas las razas de perros, los *golden retriever* son los más propensos a tener displasia de cadera; así, dentro del ejemplo, aunque solo el 20% de *golden retrievers* sufra efectivamente de dicho trastorno, respecto de otras razas, es la que más lo sufre.

Sobre el particular, elegir una generalización que se encuentre dentro de alguna de estas opciones permite seleccionar una generalización no espuria en tanto contará con un grado de asociación sólido. No obstante, pese a que para la determinación de un grado de asociación particular es necesario contar con apoyo empírico, será necesario verificar también cómo es que dicho soporte empírico ha sido construido: no es lo mismo fundar una generalización sobre el conocimiento del 60% de los casos a hacer lo mismo pero respecto del 98% de los supuestos (Limardo, 2021, pp. 139-140).

Estas últimas condiciones, en conjunto, conforman un primer criterio para el uso de generalizaciones: será más adecuado utilizar determinada generalización si esta cuenta con apoyo empírico sólidamente constituido que sustente un grado de asociación con un grado de universalidad suficiente.

Como ejemplo de este primer criterio, es posible decir que será sólida una generalización como “las personas de la tercera edad son más emotivas y más proclives a sentirse desoladas en una situación de crisis” (Cas. N° 4716-2015 Lima, FJ. 9) si es que para conectar el antecedente “las personas de la tercera edad” con el consecuente “son más emotivas y más proclives a sentirse desoladas en una situación de crisis” si es que se ha estudiado al 90% o 95% del total de personas de la tercera

edad en situaciones de crisis (al menos más sólida que si solo se hubiese estudiado solo al 50% o 60% del total de personas de la tercera edad).

Un segundo criterio para el uso adecuado de generalizaciones, a efectos de este trabajo, está estrechamente vinculado a qué tanto se explicita y discute durante el proceso la generalización que será empleada. Este criterio cobra especial relevancia pues, dada la falibilidad de las generalizaciones (pues son meramente probabilísticas), el riesgo del error puede verse drásticamente reducido si se le permite a las partes discutir su aplicación en contradictorio previo (Limardo, 2021, p. 149; Muffato, 2021, pp. 33-34).

Esto último cobra gran importancia cuando se entiende al contradictorio como un verdadero derecho fundamental que permite la efectiva participación de los contradictores en el acto final (Cavani, 2012, p. 288) y que obliga al juez a fomentar el debate de manera dinámica entre las partes, lo que garantiza que estas tengan la mencionada influencia en la decisión (Theodoro Júnior, 2010, p. 69 y ss.; Greco, 2002, pp. 23-25).

Una visión en sentido fuerte del derecho fundamental al contradictorio como la descrita previamente (Do Passo Cabral, 2010, 273 y ss.; Cavani, 2012, pp. 289-293; Ibarra, 2021, pp. 1028-1030, entre otros), es el espacio preciso para que las partes jueguen un rol epistémico determinante. Las partes, con la finalidad de influenciar en la decisión final y legitimar la decisión que se adopte en un proceso concreto, aportarán mayores elementos de juicio de los que el decisor podrá servirse para decidir y que así posiblemente exista un riesgo de error inferior.

En ese sentido, y en vinculación con las generalizaciones que se pretenden aplicar al proceso, será siempre más sólido y justificado el aplicar una generalización si es que se les permite a las partes discutir, con argumentos y pruebas, su veracidad

en el caso concreto. Considerando que la veracidad de una generalización depende estrictamente de la solidez de la asociación que exista entre su antecedente y su consecuente, si se somete a contradictorio la aplicación de dicha generalización, es posible que las partes ofrezcan mayores elementos de juicio que apoyen a la base empírica que justifica el grado de asociación entre el antecedente y el consecuente; o, en caso contrario, que refuten la existencia de un grado de asociación suficiente y, por tanto, que se verifique la generalización no es lo suficientemente sólida como para aplicarla.

Así, el aplicar generalizaciones que han sido previamente discutidas supone, como primera opción, que se ha logrado reforzar los elementos de juicio que sustentan la asociación antecedente-consecuente y que se han logrado hacer encajar los hechos del caso concreto a la generalización. Y, como segunda opción, cuando nada de lo anterior haya ocurrido pese a la participación de las partes sin que ello obste para que la generalización sea suficientemente sólida, cuando menos hará legítima la decisión de aplicarla, pues sus destinatarios (las partes) participaron válidamente de ella.

Finalmente, un tercer criterio para un correcto uso de generalizaciones es que estas no pueden pretender justificar una conclusión general (como una norma general) si la base empírica que la sostiene no expresa un valor cognoscitivo equivalente a dicha generalidad. Así, por ejemplo, no es posible afirmar una norma general como “todos los perros *pitbull* son agresivos” si es que empíricamente no se cuenta con una base cognoscitiva del 100% de los *pitbull* (Tarufo, 2009, p. 567 y ss.).

Este último criterio, sin lugar a dudas, es sumamente relevante en tanto se aprecie la conexión que existe entre la “base cognoscitiva” de las generalizaciones y el juez, quien es el “epistémicamente responsable” respecto de los hechos que se tienen por probados en el proceso. Al respecto, la responsabilidad epistémica

constituye un límite a la justificación de las decisiones fácticas, puesto que no solo se busca un modelo de “decisor ideal” que evita conductas antiepistémicas, sino que activamente se comporta de manera epistémicamente valiosa. Esto supone que el decisor ostente una serie de virtudes epistémicamente importantes, como el sentido de la propia falibilidad, la imparcialidad, la apertura de mente, la humildad intelectual, el basarse únicamente en la evidencia disponible, entre otras (Amaya, 2015, pp. 53 y ss.).

En esa línea, si quien decide sobre los hechos pretende aplicar una generalización, debe tomar en consideración la falibilidad de su propio juicio, las limitaciones de su conocimiento, el ámbito de conocimiento y estudio al que es propio el hecho objeto de prueba, entre otros factores. Esta serie de virtudes servirá para determinar no solo si la base empírica en la que se sustenta la generalización que quiere aplicar posibilita un grado de adecuación suficientemente universal, sino que también permite al juez reconocer si su sola experiencia es capaz de constituir base empírica suficiente para la generalización.

Con esta acotada —y no exhaustiva— lista de criterios para el uso adecuado de generalizaciones así como factores que impactan en su solidez, corresponde verificar si la visión doctrinal y jurisprudencial del daño moral como daño *in re ipsa* se sostiene a partir de “máximas de la experiencia”.

4. ¿ES COMPATIBLE EL PANORAMA NACIONAL CON LAS EXIGENCIAS DE RACIONALIDAD APLICABLES A LAS MÁXIMAS DE EXPERIENCIA? DESENMASCARANDO EL PLACEBO PROBATORIO

Para verificar la compatibilidad de la comprensión de la doctrina y de la jurisprudencia del daño moral como daño conceptualmente *in re ipsa* con las

exigencias de racionalidad aplicables a las generalizaciones, tan solo se contrastará tal comprensión con los criterios aplicables previamente expuestos.

Respecto del primer criterio, puede parecer “normal” que en ciertas ocasiones el sufrimiento emocional catalogable como daño moral “exista”. No obstante, un criterio de normalidad no expresa ni supone una base empírica sólida en ningún caso: no hay mayor sustento empírico (o al menos no se explicita) que asocie que de la prueba de algún hecho o “indicio necesario” (en los términos de la doctrina) pueda colegirse la existencia del sufrimiento emocional.

Tal como se evidencia de la jurisprudencia a la que se ha hecho referencia, no ha habido nunca expresión alguna del sustento empírico que permita al juez, siguiendo los ejemplos citados *supra*, asumir que existe el daño moral en los casos de despidos contrarios a la ley o en los casos de afectaciones de corte previsional. Lo que termina ocurriendo en estos supuestos (y en muchos otros) es que los jueces, al momento de decidir, no expresan cuál es esa base empírica que sustentaría la aplicación de la generalización por la que tienen por probado al daño moral; esto, por supuesto, no solo limita las posibilidades de apelar dichas decisiones (dado que no es posible conocer la base empírica que sustenta la aplicación de la generalización como para contrastarla), sino que en sí mismas no son racionales.

En ese sentido, no se cumple con dicho criterio, pues no hay un sustento empírico sólido que vaya más allá de una supuesta y vaga “normalidad”. Por ende, tampoco se justifica que la doctrina, en su momento, haya señalado que el daño moral es conceptualmente *in re ipsa*, pues —con excepción de los casos en los que sí las haya— existen numerosos supuestos en los que no se cuenta con bases empíricas sólidas de las que se pueda colegir la existencia del sufrimiento emocional.

De hecho, son precisamente los juicios basados en una supuesta “normalidad” los que la doctrina predominante ha catalogado como “generalizaciones incompletas espurias”. Este tipo de generalizaciones no sólo cuentan con un grado de universalidad y solidez muy reducido, sino que su utilización ha sido rechazada tajantemente para la determinación de los hechos que se tengan por probados en un proceso concreto (Taruffo, 2009, pp. 557 y ss.).

Respecto del segundo criterio, vinculado a permitir el contradictorio antes de que se aplique una generalización en la operación probatoria, es necesario tomar en consideración que las generalizaciones (o máximas de experiencia) suelen aparecer en la valoración de la prueba. Es decir, justo antes de la sentencia, cuando los autos se encuentran listos para sentenciar, el juez, valorando las pruebas disponibles, aplica las generalizaciones que se derivan de su experiencia para luego decidir qué hechos tiene por probados y cuáles no. Esto significa que, cuando las partes ya no cuentan con mayores opciones para discutir y defenderse (con pruebas y/o alegatos), el juez se sirve de estas herramientas para decidir sobre los hechos, que luego plasmará en la sentencia, momento posterior en el que las partes tomarán conocimiento de la aplicación de la generalización.

En esa línea, si se acepta que el daño moral es conceptualmente *in re ipsa*, lo único que podría discutir el demandado es si los hechos concretos encajan o no en la generalización que se esté aplicando, dado que el grado de asociación entre el antecedente y el consecuente serían indiscutibles por formar parte del concepto mismo de la existencia del daño moral (ya que, doctrinalmente, la categoría de *in re ipsa* se ha asumido como un elemento específicamente conceptual del daño). Obviamente, lo anterior solo sería posible si es que el juez, antes de sentenciar, pusiera en conocimiento de las partes que para la decisión fáctica se servirá de determinada generalización y les da oportunidad de pronunciarse al respecto.

Sin embargo, como se ha podido verificar de los ejemplos previamente mencionados, la jurisprudencia directamente hace uso de generalizaciones al momento de sentenciar. Lo anterior, además de afectar el derecho fundamental al contradictorio de las partes, pues es obligación del juez propiciar el debate para que las partes puedan influir en la decisión final (en la que se decide, entre otras cosas, qué hechos se han tenido por probados), limita los aportes epistémicos que puedan realizar las partes para la verificación de la solidez de la generalización a aplicar, ya que estas no supieron hasta la sentencia que una generalización sería aplicada para la determinación de los hechos probados. En este sentido es que se incumple también con el segundo criterio propuesto.

Finalmente, respecto del tercer criterio vinculado a la suficiencia de la base empírica de las generalizaciones en relación a la responsabilidad epistémica del juzgador, la respuesta parece caer por su propio peso: es imposible decir que un juez está siendo epistémicamente responsable cuando considera que basta con su experiencia (“base empírica”) para presumir la existencia de un hecho mental, subjetivo y del pasado, máxime si la forma rigurosa de acceder a información fiable respecto de este tipo de hechos es a través del conocimiento y examinación de expertos como psicólogos y psiquiatras. El juez, conoce los estados mentales de las partes (como el sufrimiento emocional constitutivo del daño moral) a través de la empatía, dejando de lado aquellos métodos que puedan ser intersubjetivamente controlables. En ese sentido, las formas subjetivas en que los jueces “conocen” el sufrimiento que alegan quienes demandan indemnizaciones por daño moral pueden, siguiendo a González Lagier (2021, pp. 61-65), desde diversas formas de aproximación.

Generalmente se inicia el acercamiento a estos estados mentales a partir de la empatía como un método poco meditado, preliminar e intuitivo; y luego, a partir de la racionalización de conductas y de generalizaciones empíricas, se obtiene alguna

conclusión un poco más trabajada, que quizá permite dar mayores explicaciones de las conclusiones que se obtengan al respecto.

Sin embargo, estas formas de aproximación mediante las que el juez pretende conocer a los estados mentales de las partes, inician desde la empatía y ello, como tal, no implica exactamente “conocer” lo que está sufriendo la parte. El juez se conoce a sí mismo y, poniéndose en su lugar, asume, sin mayores explicaciones, que la parte está sufriendo de la misma forma. Las conclusiones que de la anterior operación se obtengan serán aquellas contrastables con la conducta de la parte para verificar si razonablemente las emociones alegadas son consistentes con su comportamiento. Sin embargo, la base inicial de dicha racionalización de conductas es falaz y no ha sido empíricamente demostrada, ya que de por sí se parte de la asunción no justificada de que la parte sufre o está sintiendo lo mismo que el juez cree que él sentiría en su lugar.

Por lo tanto, el tercer criterio, que implica contar con una base empírica suficientemente sólida como para poder justificar una generalización que exprese una conclusión de carácter general, tampoco se cumple. Ello es así porque si se entiende que el daño moral es conceptualmente *in re ipsa* y que su existencia se determina siempre a partir del uso de máximas de experiencia, será el solo criterio del juez el que determine la existencia del sufrimiento, lo cual no solo resulta falaz, sino que tampoco se encuentra empíricamente sustentado (ya que el juez “conoce” los estados mentales de las partes a partir de la empatía, lo cual no es intersubjetivamente controlable).

Además de lo dicho, cuando los jueces utilizan máximas de experiencia para tener por probada la existencia del daño moral, lo hacen con generalizaciones que expresan reglas de carácter general (tal como se ha ejemplificado desde la jurisprudencia en apartados anteriores). Esto, siguiendo lo que ordena el tercer criterio, supondría que el juez cuente con una base empírica igual de amplia y sólida

como para que sea razonable justificar una conclusión general respecto de la existencia del daño moral. Así, el juez tendría que conocer todos los supuestos particulares existentes que compongan la generalización como para que resulte válido utilizarla, lo cual no resulta fácticamente posible ni viable para ningún juez (y, probablemente, para ningún ser humano). Por estas razones, tampoco se cumple con el referido tercer criterio para el uso adecuado de generalizaciones.

En tanto los criterios a los que se ha hecho referencia no se ven satisfechos, el uso de máximas de experiencia para tener por probada la existencia del daño moral como un daño *in re ipsa* es inadecuado, al menos desde los términos propuestos por la doctrina y la jurisprudencia. En esa línea, considerando que en la mayor parte de los casos se carece de una base empírica sólida que brinde solidez a las generalizaciones que se realiza respecto de la existencia del sufrimiento emocional, es poco riguroso afirmar que el daño moral es conceptualmente *in re ipsa* y que su existencia siempre se colegirá a partir del uso de máximas de experiencia.

Y es que, por más que el “sentido común” invite a creer que ciertas generalizaciones son válidas, son el mundo y la realidad los que determinan su validez. Se requiere utilizar generalizaciones válidas como premisas en las decisiones fácticas, precisamente, para poder llegar a conclusiones verdaderas (y, por tanto, a decisiones correctas). Esto es así porque al derecho y a la epistemología realmente no les interesa acertar en una decisión —declarar probada la hipótesis verdadera— si es que lo hace por mera casualidad. Que, casualmente, la intuición de que la realidad funciona de una determinada manera (generalización sin sustento empírico) permita que una decisión sea “correcta” —que le dé la razón a quien materialmente la tiene— no hace que la decisión esté justificada (Ferrer, 2007, p. 101).

Con relación al daño moral, lo dicho, para muchos, podría significar una “dificultad” probatoria excesiva para la parte que busca demostrar la existencia del daño moral, pues el uso de generalizaciones para dicha finalidad estaría limitado solo a aquellas que cuenten con el apoyo empírico respectivo. Sin embargo, no ha de perderse de vista que las generalizaciones, como todo razonamiento inductivo, solo pueden informar de la frecuencia de la ocurrencia de un hecho según aquellos supuestos singulares que se hayan tomado en cuenta para la construcción de la generalización como “regla general”. No pueden informar nada respecto de la ocurrencia de nuevos hechos individuales fuera de dicho conjunto inicial de hechos singulares del que parten. Siempre se van a necesitar elementos de juicio específicos para estos nuevos hechos (Ferrer, 2007, p. 108), dirigidos a probar directamente si en el concreto caso el demandante sufrió emocionalmente.

Lo señalado no significa que las generalizaciones sean inútiles, pues aquellas con un grado de solidez relevante pueden ser usadas, pero deben ser entendidas solo como un elemento de juicio más a valorar dentro de todos los disponibles. Aportarán, para la valoración del conjunto de elementos de juicio, algún grado de corroboración a la hipótesis en discusión, pero siempre podrá haberse aportado otros elementos de juicio particulares dirigidos a probar el hecho individual que sea materia de la controversia. Por lo tanto, la respuesta a la “dificultad” que se generaría respecto a la prueba de la existencia del daño moral sería, precisamente, probar de manera específica la existencia del sufrimiento emocional constitutivo del daño, sin necesariamente valerse de generalizaciones para tal tarea.

De esta manera, parece sensato ponerle un freno a la tendencia que viene asumiendo la doctrina y la jurisprudencia respecto de la prueba de la existencia del daño moral, pues permite que se tomen decisiones a partir de generalizaciones que no cuentan (o, al menos, no explicitan) con un sustento empírico sólido, todo ello en

perjuicio de los demandados. Esta situación no solo imposibilita un verdadero ejercicio del derecho fundamental al contradictorio, sino que hasta podría resultar en un incentivo perverso para la obtención de cuantiosas —y posiblemente inmerecidas— indemnizaciones, apelando indiscriminadamente al uso de generalizaciones empíricas que son tomadas prácticamente como una norma de presunción automática en las decisiones sobre los hechos.

Para que sea posible indemnizar el daño —y que quienes hayan sido efectivamente afectados no queden sin ser resarcidos— no hay que caer en la salida rápida de asumir que se da *in re ipsa* y mucho menos que dicha característica es conceptual; muy por el contrario, hay que probarlo: el daño es precisamente el parámetro que permite traducir pecuniariamente el resarcimiento, pues es su justa medida (Pérez, 2007, p. 213). Hay que desengañar a los operadores del derecho del efecto cómodo que ofrecen todos estos placebos probatorios (especialmente de las máximas de experiencia), que en apariencia mitigan los síntomas, pero no terminan de curar nunca la enfermedad de realizar juicios irreflexivos e incompletos respecto de los hechos.

IV. CONCLUSIONES

El daño moral y la prueba de su existencia han sido un tópico de discusión muy relevante en la doctrina civil y en la jurisprudencia nacional. La dificultad probatoria que ostenta la prueba de un hecho mental, subjetivo y transitorio ha llevado a que se prefiera entender al daño moral como un daño *in re ipsa*; es decir, se ha optado por asumir que el daño moral existe a partir de ciertas circunstancias en las que “resulta evidente” su existencia, en aplicación de generalizaciones empíricas o máximas de experiencia.

No obstante, las máximas de experiencia cuentan con criterios de racionalidad para usarlas adecuadamente, los cuales no han sido observados al momento de querer enfrentar la dificultad probatoria del daño moral. Considerando que la aplicación de una máxima de experiencia permite que se tenga por probado un hecho a partir de una generalización y no a través de su efectiva probanza en un proceso concreto, será necesario que se sigan los mencionados criterios. Estos criterios son importantes dado que favorecen a que las máximas de experiencia utilizadas cuenten con un grado de solidez suficiente, lo que supone que la generalización que se realice cuente con una base empírica relevante que justifique su aplicación.

Desafortunadamente, de los esfuerzos realizados por la doctrina y la jurisprudencia nacional para lidiar con la dificultad probatoria del daño moral no se evidencia la observancia de estos criterios pese a que sustentan sus posiciones en la aplicación de máximas de experiencia para colegir la existencia del sufrimiento emocional. Por lo tanto, será necesario replantear la discusión respecto de la prueba de la existencia del daño moral en orden a que pueda encontrarse una salida más rigurosa desde los aspectos probatorios, evitando caer en los placebos que brindan apariencia de corrección en los razonamientos fácticos; de esta manera, se evitarán perjuicios injustos a los demandados e indemnizaciones inmerecidas a los demandantes en razón de esta compleja voz de daño no patrimonial.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Amaya, A. (2015). Coherencia, virtud y prueba en el derecho. Andrés Páez (coord.), Hechos, evidencia y estándares de prueba: Ensayos de epistemología jurídica, pp. 37-64. Ediciones Uniandes.
- Buendía de los Santos, E. (21 de diciembre de 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. <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/>

Cavani Brain, R. (2012). Combatiendo las “nulidades-sorpresa”: el derecho fundamental del contradictorio en la perspectiva de la nulidad procesal. Gaceta Constitucional, (58), pp. 288-296.

De Trazegnies Granda, F. (2001). La Responsabilidad Extracontractual. Tomo II (7^a ed.). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Biblioteca para leer el Código Civil.

Dei Vecchi, D. (2019). El carácter presuntivo de las presunciones absolutas. *Revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, (38). <https://doi.org/10.4000/revus.5333>

Díez-Picazo, L. M. (2008). *El escándalo del daño moral*. Thomson-Civitas.

Do Passo Cabral, A. (2010). El principio del contradictorio como derecho de influencia y deber de debate. Revista Peruana de Derecho Procesal, (16), pp. 261-278.

Espinoza Espinoza, J. (2015). El contenido y la prueba del daño subjetivo o no patrimonial: ¿In re ipsa? *Actualidad Civil*, (7), pp. 192–206.

Espinoza Espinoza, J. (2019). Derecho de la responsabilidad civil. Tomo I (9^a ed.). Instituto Pacífico.

Fernández Cruz, G. (2015). La dimensión omnicomprensiva del daño no patrimonial y la reclasificación de los daños. *Advocatus*, (31), pp. 317-338. <https://doi.org/10.26439/advocatus2015.n031.4370>

Fernández Cruz, G. (2023). El daño no patrimonial y el daño moral (Dos ensayos). Ara Editores.

Fernández Sessarego, C. (1996). Daño al proyecto de vida. Derecho PUCP, (50), pp. 47-97. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199601.003>

Fernández Sessarego, C. (1998). Daño a la persona y daño moral en la doctrina y en la jurisprudencia latinoamericana actual. THEMIS, (38), pp. 179-209. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10319>

Ferrer Beltrán, J. (2007). La valoración racional de la prueba. Marcial Pons.

Ferrer Beltrán, J. (2021). *Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso*. Marcial Pons.

Ferrer Beltrán, J. (2022). La decisión probatoria. Jordi Ferrer Beltrán (coord.), Manual de Razonamiento Probatorio, pp. 397-458, Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/manuales-de-actuacion>

Gama Leyva, R. (2013). Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental. *Revista de Estudios de la Justicia*, (19), pp. 65-89. <https://doi.org/10.5354/rej.v0i19.36187>

González Lagier, D. (2021). Filosofía de la mente y prueba de estados mentales: Una defensa de los criterios de sentido “común”. *Quaestio facti*. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio, (3), pp. 49-80. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i3.22731

González Lagier, D. (2022). *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción* (Vol. I, 2^a ed.). Palestra.

Greco, L. (2008). Garantias fundamentais do processo: O processo justo. *Novos Estudos Jurídicos*, 7(14), pp. 9–68.

<https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/1>

Ibarra Delgado, D. (2021). Desaciertos del IX Pleno Casatorio Civil en torno al derecho fundamental al contradictorio. Yelena Meza Torres (Coord.), Los Plenos Casatorios Civiles. Análisis a los 10 Plenos Vinculantes, pp. 1025-1047. Jurista Editores.

León Hilario, L. (2017). La responsabilidad civil: Líneas fundamentales y nuevas perspectivas (3^a ed.). Instituto Pacífico.

Limardo, A. (2021). Repensando las máximas de experiencia. *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, (2), pp. 115-153.
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. *IUS ET VERITAS*, (63), pp. 208-223. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202102.011>

Mendonça, D. (1998). Sobre la idea de “aceptación” como actitud proposicional en las presunciones. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (21), pp. 83-98. <https://doi.org/10.14198/DOXA1998.21.1.05>

Morales Hervias, R. (2020). Manifiesto contra el daño al proyecto de vida. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (80), pp. 75-89.

Muffato, N. (2021). Michele Taruffo sobre las máximas de experiencia. *Derecho & Sociedad*, (57), pp. 1-38. <https://doi.org/10.18800/dys.202102.003>

- Osterling Parodi, F. & Castillo Freyre, M. (2003). Tratado de las Obligaciones. Tomo X. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Biblioteca para leer el Código Civil.
- Papayannis, D. M. (2020). Responsabilidad por el dolor causado y sufrido. En J. A. García Amado & D. M. Papayannis (Eds.), *Dañar, incumplir y reparar. Ensayos de filosofía del Derecho privado*. Palestra.
- Pérez Ragone, A. (2007). La tutela civil inhibitoria como técnica procesal civil de aplicación de los principios de prevención y precaución. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 28 (1), pp. 207-234.
<https://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/645>
- Retamozo Escobar, J. (2015). Daño a la persona y daño moral: un paso adelante... Actualidad Civil, (11), pp. 186-203.
- Schauer, F. (2006). *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*. Cambridge, MA and London, England: Harvard University Press.
- Taruffo, M. (1974). Certezza e probabilità nelle presunzioni. *Il Foro Italiano*, 97 (5), pp. 83–84, pp. 111–112.
- Taruffo, M. (2005). *La prueba de los hechos* (J. Ferrer Beltrán, Trad., 2^a ed.). Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2008). La prueba (L. Manríquez & J. Ferrer Beltrán, Trads.). Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2009). *Considerazioni sulle massime d'esperienza. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 63 (2), pp. 551-570.
- Taruffo, M. (2023). Contribución al estudio de las máximas de experiencia (Perfecto Andrés Ibáñez, Trad.). Marcial Pons.

Theodoro Júnior, H. *Processo Justo e contraditório dinâmico. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, 2 (1), pp. 64-71.
<https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4776>

Zavaleta Rodríguez, R. (2018). Razonamiento probatorio a partir de indicios. *Derecho & Sociedad*, (50), 197-219.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/20388>

1. JURISPRUDENCIA

Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil (Chiclayo-Lambayeque). 2017. Conclusiones plenarias, 3–4 de noviembre de 2017.

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 13 de junio de 2019, Casación N° 2231-2018 Lambayeque (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2 de julio de 2013, Casación N° 5721-2011 Lima (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de justicia de la República, 26 de noviembre de 2015, Casación N° 699-2015 Lima (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 3 de diciembre de 2019, Casación N° 2585-2017 La Libertad (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 7 de diciembre de 2017, Casación N° 4716-2015 Lima (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 11 de noviembre de 2019, Casación N° 5677-2017 Lambayeque (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 14 de octubre de 2016, Casación N° 4385-2015 Huancavelica (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 14 de octubre de 2019, Casación N° 2440-2018 Lambayeque (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 9 de noviembre de 2020, Casación N° 3115-2018 Lambayeque (Perú).

Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 19 de enero de 2017, Casación N° 3289-2015 Callao (Perú).

Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 7 de octubre de 2016, Casación N° 3070-2016 Lima (Perú).

Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 9 de enero de 2020, Casación N° 5816-2018 Piura (Perú).

Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, 25 de enero de 2022, Resolución N° 14 del Expediente N° 07147-2017-0-1801-JR-LA-08 (Perú).