

Trabajo final de máster

Máster en Razonamiento Probatorio

Título: La prueba del daño moral

Alumno/a: Manuel Riera Domínguez

Tutor/a: Dr. Diego M. Papayannis

Convocatoria (mes/año): enero - abril del 2024

Abstract

El trabajo final del máster investiga la *prueba* del daño moral. El daño moral está establecido en la legislación civil paraguaya, reconocido y estudiado en la doctrina nacional y extranjera y tutelado en la jurisprudencia. Se analizará *la prueba* del daño moral en sentido *abstracto* y en su aplicación práctica, específicamente, a partir de cómo la Sala Civil de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA del Paraguay (en adelante, la CSJ) lo da *por probado*, considerando algunas de sus sentencias. El problema de investigación busca determinar si la CSJ decide –o no– en función de un modelo *epistémico*. Una primera hipótesis sería que la decisión no responde a postulados epistémicos y permanece en los sostenidos por la *escuela subjetivista*. En ese caso, la hipótesis alternativa apunta a considerar los problemas y la alternativa racionalista. Otra hipótesis sería que la decisión sí responde a postulados epistémicos de la *escuela racionalista*. En ese caso, una hipótesis alternativa apuntaría a mostrar el grado de penetración del *razonamiento probatorio* en las decisiones. Se tomará como muestra sentencias extraídas de los últimos años. Los datos serán *matrizados* y presentados en tablas y gráficos. Las sentencias se presentarán en un *apéndice* final.

Nuestro proceso civil otorga a la Sala Civil de la CSJ *competencia* para estudiar, en *tercera* y última instancia, procesos ordinarios en los que se produce una *modificación* de las sentencias inferiores. Únicamente en el supuesto en que la decisión de jueces de primer grado de conocimiento se modifica por tribunales de apelación. El proceso civil otorga a las partes facultad de recurrir –vía nulidad y apelación– ante la Sala Civil de la CSJ, lo que permite que sus sentencias decidan libremente cuestiones *sustanciales* (daño moral) y *procesales* (prueba). En ello radica su *relevancia*. Al tener la Sala Civil de la CSJ la última palabra, analizar cómo decide *dar por probado* el daño moral, permitirá conocer su jurisprudencia –en el sentido *tradicional* de repetición constante y uniforme–, la forma en que lo justifica y, en su caso, si ofrece el mejor potencial para aumentar o disminuir la confirmación (probatoria) sobre hechos alegados y daño moral. Si bien el trabajo será, en parte, *descriptivo*; asumirá el *marco teórico* racionalista. Los resultados serán descritos objetivamente –como ocurren en las sentencias analizadas– y evaluados críticamente en las conclusiones.

Índice

1.	Introducción	4
2.	La prueba del daño moral en la doctrina	5
3.	El daño moral y la prueba en la Sala Civil de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	11
3.1.	El papel de las presunciones	14
3.2.	El papel de las máximas de experiencia y de los hechos notorios	18
4.	¿Cómo fundamenta la CSJ que <i>está probado</i> el daño moral?	21
4.1.	Consideración de los métodos conforme la escuela subjetivista y racionalista	22
4.1.1.	Creencias y convicción. Justificación	22
4.1.2.	Corroboración y refutación de hipótesis. Justificación epistémica	24
4.2.	Problemas y alternativas	25
5.	Resultados finales	27
6.	Conclusiones	28
7.	Bibliografía	30
8.	Apéndice	32

1. Introducción

El Código Civil de 1987 (Ley 1183/86) deroga 110 años de vigencia del Código Civil de VÉLEZ SARSFIELD adoptado en 1876 al término de la Guerra Grande. Para entenderlo es repaso ineludible el *Anteproyecto de Código Civil para la República del Paraguay* de LUIS DE GÁSPERI (1964) el cual, regado por su inigualable profusión de comentarios, abonó los cimientos del actual. No en vano MORENO lo catalogó como un *hito de la historia del derecho paraguayo* que exige “una incesante excavación arqueológica”. El daño en el Anteproyecto, presupuesto ineludible de la responsabilidad civil, tiene inspiración en el art. 1068 de VÉLEZ. Pero antes de ser moral, es equiparado al *perjuicio* de naturaleza eminentemente patrimonial, de ahí que su reparación en la responsabilidad civil extracontractual (aquiliana) fuera, por regla general, propuesta primero *en especie* siempre que fuere posible. Para MORENO, el daño extrapatrimonial de DE GÁSPERI “nada en contra de la fuerte corriente que existe actualmente en la materia”¹ que concibe el daño moral sin límites precisos. El Anteproyecto sólo permite demandar en “casos expresamente previstos” (art. 2477), es decir, *tipificados*, pues DE GÁSPERI lo consideraba uno de los asuntos más escabrosos del derecho civil: la debatida cuestión de saber si el daño moral es resarcible, afirmada por unos, negada por otros. En el fondo subyace la siempre presente tensión entre justicia y seguridad jurídica, amplitud del arbitrio judicial y previsibilidad de las sentencias. Uno y otro extremo, postulados de sistemas opuestos –el francés, amplio, atípico; y el alemán [e italiano], restringido y tipificado– proponen soluciones diversas con beneficios y problemas. DE GÁSPERI optó por el alemán; posición sumamente restrictiva que establecía el resarcimiento en únicamente dos supuestos: en lesiones corporales a mujeres desfiguradas (art. 2479) y en casos de violación, estupro o rapto (art. 2483); posición cerrada para una época que vislumbraba una incipiente apertura en la jurisprudencia alemana y seguía apartada de los nuevos vientos del Proyecto de Reforma argentino de 1936.

El Código Civil vigente establece la responsabilidad civil extracontractual (art. 1833 CC) y reconoce expresamente al daño moral (art. 1835 CC). Hace lo propio con la responsabilidad contractual para la obligación incumplida de actos a título oneroso, aunque el perjuicio *no fuera patrimonial* (art. 451 CC)². La responsabilidad civil prevé su reparación en especie si fuere posible y, luego, pecuniaria si no lo fuere (art. 1857 CC), abandonando la regulación restringida. Lo taxativo es suplido por la obligación genérica de reparar *toda lesión material o moral causada por el acto ilícito* (art. 1835 CC) aunque reproduce disposiciones de VÉLEZ y DE GÁSPERI para el daño en homicidios (art. 1858 CC), lesiones corporales, salud, aptitudes en el trabajo y desfiguraciones (art. 1859 CC), violación, estupro y rapto (art. 1862 CC), honor y reputación (art. 1863 CC). Nuestro código, ahora sí, cercano a las ideas de la Reforma de 1936 y del Decreto-Ley 17.711 de 1968, no limita su alcance. La ley 17.711 supuso para GHERSI la reformulación del daño moral y el abandono de un sistema de tipicidad cerrada³, pues GHERSI veía en VÉLEZ un

¹ MORENO (2020a: 183).

² Ambos artículos tienen fuente en el Proyecto de 1936 (arts. 866 y 596); en el Anteproyecto de BIBILONI (art. 1058); en VÉLEZ (art. 1068 y 1078); en DE GÁSPERI (art. 2477) y en el Código Italiano (art. 2059).

³ GHERSI (2002: 92).

individualismo filosófico y un liberalismo económico; una forma de razonar que establecía el vértice en el dañador y en su conducta antijurídica y reprochable⁴. La nueva ley, en cambio, de una época de posguerra, recogía postulados del Estado de bienestar en respuesta amplia y solidaria a las personas, trasladando el vértice al daño y al damnificado. La restricción transmuta en amplitud de protección; extremos considerados el ESCILA del Anteproyecto y el CARIBDIS del código⁵. Se introduce un extraordinario margen de arbitrio judicial que permite –incluso– abusos; a convertirlo según MORENO en *plastilina jurídica*⁶, recordando el escándalo y las preocupaciones de DÍEZ-PICAZO a su aplicación moldeable y proteica⁷.

En este marco normativo de múltiples fuentes y sistemas jurídicos –alemán, italiano, francés, argentino–, el daño moral navega las vastas aguas de la responsabilidad civil, de interminables horizontes. De ahí que la labor de los jueces ocupe un lugar central en la delimitación de su concepto. La doctrina, abocada a la exégesis legal, coadyuva con la crítica reflexiva de la jurisprudencia. En este extenso campo donde reside el problema de su concepción, surge el problema de la prueba, palpable en la práctica de nuestros jueces. Sobre todo, en la justificación de la cuestión fáctica, pues el marco normativo permanece sobre los cimientos de una escuela que empieza a ser criticada y, eventualmente, superada, para su determinación. El Código Procesal Civil (Ley 1337/88) dispone un proceso de conocimiento ordinario para estas cuestiones (art. 207 CPrC), pero con limitaciones en materia de pruebas. Sólo deben producirse pruebas sobre *hechos afirmados* por las partes. No son admitidas las prohibidas por ley, manifiestamente improcedentes, superfluas o meramente dilatorias (art. 247 CPrC). Incumbe la carga de la prueba a la parte *que afirme la existencia de un hecho controvertido* o de un precepto jurídico que el juez no deba conocer. Los hechos notorios no necesitan ser probados. Su calificación corresponde al juez (art. 249 CPrC). Los jueces *forman su convicción* conforme las reglas de la *sana crítica*. Deben examinar y valorar todas las pruebas producidas que sean esenciales y decisivas y no están obligados de aquellas que no lo fueren (art. 269 CPrC). Entre la amplitud civil y la limitación procesal, el juez resuelve si *da por probado* el daño moral. Se advertirá que la limitación no sólo es normativa, sino epistemológica. De ahí que este trabajo aborde el problema de la prueba, no sólo analizando la práctica enmarcada en determinado contexto legal, sino la justificación fáctica en cuanto introduce el hecho en las decisiones judiciales.

2. La prueba del daño moral en la doctrina

La prueba del daño moral está unida al problema de su concepción. Adoptar el criterio amplio supone delimitar el concepto. Esto lleva a MORENO a recoger la compilación de YZQUIERDO TOLSADA en un intento por importar esfuerzos jurisprudenciales y su limitación o determinación, *categorías o tipologías*⁸. Surgen nociones tales como el: a) *pretium doloris* [precio del dolor], padecimientos y sufrimientos físicos; malestares espirituales, insomnio y manifestaciones

⁴ GHERSI (2002: 78).

⁵ MORENO (2020a: 298).

⁶ MORENO (2020a: 190).

⁷ MORENO (2020b: 145), citando a DÍEZ-PICAZO (2008).

⁸ MORENO (2020b: 161).

dolorosas en sentido estrictamente neurológico; b) *préjudice d'agrément* [pérdida de agrado], pérdida de goces normales y ordinarios de la vida, frustraciones o molestias que terminan por privar calidad de vida; c) *préjudice esthétique* [perjuicio estético] causado por daños estéticos –*res ipsa loquitur*–; y d) *préjudice d'affection* [perjuicio de afecto], molestias de personas vinculadas a la víctima lesionada, a la muerte del agraviado, al propietario de un objeto con especial vinculación. MORENO no da por cerrada la lista, pero en su búsqueda de razonabilidad, no acepta que cualquier perjuicio ingrese al daño moral [...] “deberíamos estar ante un dolor claro y evidente (físico o espiritual), o la pérdida de una relación personal importante (como la esposa de un sujeto o su hijo), o directamente un perjuicio estético que traume a una persona o le impida una normal vida social”⁹. PHILIPPE LE TOURNEAU y LOÏC CADIET, citados por DÍEZ-PICAZO¹⁰, distinguen el perjuicio extrapatrimonial entre una *agresión a la integridad física de la persona* del que resulta del *ataque a derechos de la personalidad*. En los primeros están el: a) *precio del dolor* por agresión a la víctima –dolor físico o efecto psicológico–; b) *pretium pulcritudinis* –perjuicio estético–, ataque a la armonía física de la víctima; c) *perjuicio sexual* o imposibilidad parcial o total de mantener relaciones íntimas normales y procrear; d) *daño a la vida en relación* o privación de ciertas actividades especiales –deportivas o culturales–. Integran los segundos la lesión del nombre, la intimidad, la privacidad y la propia imagen.

En términos negativos, STARCK, ROLAND y BOYER ven daño moral en aquello que *no suponga una pérdida o disminución patrimonial*. PACCHIONI, a su turno, lo acepta mientras no suponga pérdida económica o falta de ganancia. DE CUPIS, ÁLVAREZ VIGARAY, POLACCO lo conciben como contrario al daño patrimonial¹¹. TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MEZA ven, por su parte, la lesión de *derechos de personalidad*. PIZARRO, con ORGAZ, critica esto último, pues el derecho no se protege en abstracto. Se protege el *interés* particular del individuo. El énfasis debe estar en las consecuencias de la lesión al derecho y no en la lesión misma. El *daño resarcible* es la modificación disvaliosa del espíritu como consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial¹². DÍEZ-PICAZO sostiene que la pretensión indemnizatoria no es un *subrogado* del derecho absoluto que se puede haber lesionado¹³, no tiene por objeto restituir derechos lesionados¹⁴. Apoyado en PANTALEÓN PRIETO, MARTÍN CASALS, FRANCESCO BUSNELLI y RENATO SCOGNAMIGLIO, desarrolla la idea de la *imputación objetiva* y el *principio del riesgo general de la vida*, así como la *consecuencia* de la lesión de un derecho de la personalidad. PANTALEÓN desmiembra la causalidad física de la jurídica. Una imputa el hecho al agente que con su acción causa un daño –*quaestio facti*– mientras que otra la consecuencia jurídica al daño causado –*quaestio juris*–. Esta consecuencia jurídica, causalidad jurídica o imputación objetiva brinda a DÍEZ-PICAZO el criterio de valoración para imponerla al sujeto sobre la base del riesgo general de vida. PANTALEÓN fue quien, en opinión de MORENO, tuvo un aporte original con la imputación objetiva. Al distinguir entre ambas, DÍEZ-PICAZO aprovechó la distinción para determinar que, en cuestiones fácticas, el *test*

⁹ MORENO (2020b: 162).

¹⁰ DÍEZ-PICAZO (2008: 64).

¹¹ DÍEZ-PICAZO (2008: 74).

¹² Citados por MORENO (2020b: 163-165).

¹³ DÍEZ-PICAZO (2008: 26).

¹⁴ DÍEZ-PICAZO (2008: 33).

sine qua non resolvería la causalidad. Mientras que, en cuestiones jurídicas, la imputación, al ser valorativa, puede atribuir consecuencias jurídicas al sujeto imputado objetivamente. De aquí extrajo el criterio con el que intentó limitar su *riesgo general de la vida* y que este niegue la imputación jurídica a aquellos riesgos que no revisten cierto nivel de gravedad. PANTALEÓN, citando a MADRICH (*Das allgemeine Lebensrisiko*, 1980) da un criterio que niega “la imputación a aquellos daños que sean realización de riesgos habitualmente ligados a la existencia natural del dañado: tanto los vinculados a las formas de actuar que ordinariamente ocurren o que siempre cabe esperar en el normal transcurso de la existencia del afectado, como los que, con independencia de una acción u omisión del dañado desencadenada precisamente por la conducta del responsable, estén ligados de manera muy general a la existencia humana en la forma de socialización y civilización correspondiente”¹⁵. Hay, pues, situaciones desagradables en la vida que ni el más perfecto sistema puede evitar y que necesariamente forman parte de la condición humana, cargada de penurias y sufrimientos; propias de un ámbito de riesgo normal y permitido en una sociedad. Ciertas circunstancias, desavenencias y trajines del espíritu humano, sufrimientos y aflicciones, componen las particulares condiciones de la sociedad moderna. Para DÍEZ-PICAZO el daño moral debe indemnizarse en casos *especialmente graves*, fuera de lo común, intolerables¹⁶. Aceptar la indemnización de cualquier incomodidad supone que la vida debe estar llena de comodidades (*amenities*). Indemnizar un cierto grado de gravedad es una reacción especial del ordenamiento frente a la gravedad. Pues, difícilmente podríamos comprendernos adecuadamente como seres humanos sin tomar en consideración nuestra capacidad de sufrimiento¹⁷.

GHERSI va más lejos y distingue el daño producido a la psiquis, el *psicológico*. El hombre es unidad de cuerpo y alma, pero debe atenderse el carácter *patológico* del daño psíquico¹⁸; diagnosticable por la ciencia médica. El daño moral, en cambio, modificación disvaliosa del espíritu [...] genera profundas preocupaciones, estados de aguda irritación que afectan el equilibrio anímico de la persona; perturbación de la tranquilidad, lesiona los íntimos sentimientos de una persona, incluso privación o disminución de los bienes que tienen un valor fundamental en la vida del ser humano¹⁹. MARTÍNEZ SIMÓN y STIGLITZ discrepan²⁰. De igual manera, PAPAYANNIS condena al fracaso cualquier distinción entre daño emocional y otro conjunto de emociones²¹.

Entre los puentes más importantes de doctrina argentina y paraguaya está TELLECHEA, abogado y juez durante la vigencia de ambos códigos. Ante la UNIVERSIDAD CATÓLICA (1988) disertó sobre la responsabilidad civil por daño moral²². Decía que hablar de daño moral implica daño *extrapatrimonial* y otros presupuestos. Recordaba a SALVAT y la lesión de sentimientos legítimos [...] afectos que nos rodean y hacen agradable la vida [...] bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre; paz, tranquilidad del espíritu, libertad individual, integridad física, honor y los más sagrados afectos. Rescataba la pérdida del goce de los bienes espirituales

¹⁵ MORENO (2020b: 169).

¹⁶ MORENO (2020b: 175).

¹⁷ PAPAYANNIS (2020: 141).

¹⁸ GHERSI (2002: 211).

¹⁹ GHERSI (2002: 125-127).

²⁰ MARTÍNEZ (2023: 685) citando a STIGLITZ (2000: 13).

²¹ PAPAYANNIS (2020: 145).

²² TELLECHEA (2008a: 141).

de BORDA y el menoscabo a intereses no patrimoniales de ZANNONI, en un contexto de rigidez –sostenido en el código de VÉLEZ– y de discusión del artículo 1078, sobre si el daño sólo provenía de ilícitos criminales o civiles. TELLECHEA tildaba esta estrechez de absolutamente injusta. Suscribía la visión amplia con SILVA ALONSO; la *naturaleza* del derecho subjetivo violado determina la especie o categoría del daño. Si afecta a derechos patrimoniales, el perjuicio o daño será patrimonial; si recae sobre derechos extrapatrimoniales o inherentes a la personalidad, habrá daño extrapatrimonial o moral²³. No encontraba razón para negar la reparación de agravios morales, aún en ilícitos civiles y contractuales, pues entendía que el sentido general de la legislación propende precisamente a reparar el daño causado a otro, cualquiera fuere su naturaleza y el hecho de que derivara.

Actualmente, RIERA ESCUDERO reconoce que aceptar la obligación de reparar el daño moral “importa admitir que el Derecho regula –por igual– los actos externos de la conducta humana como las *consecuencias internas* ocasionadas por dichos actos a las personas”. Es necesario disociar el efecto producido por un acto antijurídico sobre el ánimo de la persona de la consecuencia económica (daño patrimonial), el simple efecto sobre el ánimo, aunque no produjera tales consecuencias económicas (daño moral). Reconoce la armonía cuerpo y espíritu como bien jurídico que el derecho debe proteger. Cualquier alteración que provoque *modificaciones disvaliosas* genera responsabilidad para quien la haya motivado, independientemente de que dicho desequilibrio provoque pérdidas económicas²⁴. Siguiendo a TRIGO REPRESAS, el daño moral “se infiere al violarse alguno de los “derechos personalísimos” o “de la personalidad”, que protegen como bien jurídico atributos o presupuestos de la personalidad del hombre: paz, vida íntima, libertad individual, integridad física, lo que puede resumirse en la “seguridad personal”. Rescata a la Escuela de Córdoba y la “modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, y que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial”. MARTÍNEZ SIMÓN encuentra un defecto en los excesivos pedidos que llegan a tribunales. Recomienda prudencia a los magistrados si el hecho no produce “un agravio de suficiente contenido que convenza al más distraído que la víctima efectivamente padeció un dolor interno, un sufrimiento, un pesar de suficiente contundencia como para alterar su calidad de vida de forma fácilmente perceptible y con una permanencia o prolongación importante”²⁵ [...] Se requiere “una perturbación a una persona física que afecta su ámbito íntimo o interno, sus sentimientos, afecciones legítimas, imagen privada y pública, honor, estabilidad espiritual y cualquier otro interés jurídico no patrimonial similar”²⁶. En línea con DÍEZ-PICAZO, el hecho simple de vivir nos expone a padecimientos, frustraciones y angustias pasajeras; de ahí que la perturbación requiera *prolongación suficiente en el tiempo y profundidad adecuada* “de modo a convencer a cualquiera”, entidad suficiente, permanencia, alterando negativamente la calidad de vida de la persona²⁷.

²³ SILVA (1978: 336) y TELLECHEA seguían en esta postura a autores como COLMO, LAFAILLE, RÉBORA, LEGÓN, SPOTA, DASEN y BORDA, incluso durante la vigencia del código de VÉLEZ.

²⁴ RIERA (2007: 253-254).

²⁵ MARTÍNEZ (2023: 682).

²⁶ MARTÍNEZ (2023: 690).

²⁷ MARTÍNEZ (2023: 692).

El esfuerzo por delimitar el concepto lleva a los autores a explorar todos los extremos. Esta indefinición conceptual enfrenta el problema de la prueba. Es razonable que partes y jueces reflexionen sobre cómo probar el *pretium doloris*, el *préjudice d'agrément, esthétique o d'affection*. ¿Cómo dar por probado un dolor claro y evidente o la importancia de la pérdida de una relación personal? ¿Cómo se prueba el trauma o el impedimento a una vida social normal? ¿Y los casos especialmente graves, intolerables? ¿La modificación disvaliosa o la aguda irritación? ¿Es posible probar la perturbación de la tranquilidad o de los íntimos sentimientos? Estas preguntas pueden trasladarse a los supuestos descritos, donde las partes deberán probar y el juez dar por probados las afectaciones a los sentimientos legítimos, paz, tranquilidad de espíritu, libertad individual, integridad física, honor y sagrados afectos... ¿Cómo convencer al más distraído? La experiencia muestra que no reaccionamos de la misma manera.

FERNÁNDEZ cree que podríamos estar ante la exigencia de una *probatio diabólica*²⁸. Siguiendo a MEZA y BORAGINA²⁹, recuenta tres vertientes que intentan demostrar el daño moral a partir de: a) la acción antijurídica; b) la fuente de la obligación o c) la naturaleza del bien lesionado. En la primera, probada la acción ilícita, *se produce una especie de presunción "iuris tantum"* y se da por probado el daño salvo prueba en contrario del obligado. En la segunda, dependerá del origen *contractual* o *extracontractual*, que traslada la carga de la prueba según cada caso. Y, en la tercera, considerada su naturaleza extrapatrimonial, se prescinde de la prueba directa y se autoriza al juez –por lógica, experiencia y sana crítica– a *presumirlo* a partir del ilícito. No es clara su posición respecto de la primera. Critica la segunda por su debilidad e incompletitud y asume que la tercera es una mejora; la tesis dominante en tiempos actuales³⁰. MEZA y BORAGINA³¹ explican que la carga de la prueba recae inexorablemente en el actor y la tercera vertiente incluye la “prueba de indicios o prueba presuncional” de la que se infiere el daño moral. Para ambos, la prueba indirecta encuentra en los indicios y presunciones *hominis*, su modo natural de realización. Aclaran que constituyen un medio de prueba [...] una actividad típicamente probatoria. La conexión causal entre el hecho indicador e indicado (daño moral) debe surgir con suficiente grado de certidumbre, conforme a lo que ordinariamente sucede según el curso normal y ordinario de las cosas, lo que impone [...] una valoración dinámica y no meramente estática y fragmentada de ambos (indicios y presunciones) y exige del juez sensibilidad, prudencia y rigor científico³². DOS SANTOS, sin embargo, sostiene que el daño moral debe ser probado, “más aún cuando hoy en día ciencias como la psicología y la psiquiatría han avanzado de tal forma que pueden ayudar a determinar la existencia del daño moral de una manera más acertada”. Acepta, empero, casos sostenibles con presunciones –pérdida de un familiar cercano, amputación de piernas o brazos, pérdida de la visión, etc.–³³. GHERSI, en un trabajo de alto contenido sociológico, económico y psicológico, sostiene que el daño psicológico debe probarse mientras que el moral se presume³⁴.

²⁸ FERNÁNDEZ (2018: 3).

²⁹ MEZA Y BORAGINA (2012: 1-2).

³⁰ FERNÁNDEZ (2018: 4).

³¹ MEZA Y BORAGINA (2012: 3).

³² MEZA Y BORAGINA (2012: 4).

³³ DOS SANTOS (2008: 19).

³⁴ GHERSI (2002: 213).

El primero, con prueba pericial psicopatológica, quizá reforzada con testigos, atendiendo al desarrollo de la ciencia; el segundo, la *sintomatología del sufrimiento*, a través de sus *manifestaciones como el dolor* –las cursivas son mías–.

TELLECHEA sostuvo en un comienzo que: “[...] proveniente de hechos ilícitos, una vez que se ha acreditado el acto antijurídico que lesiona algunos de los llamados derechos personalísimos *ya debe tenerse por probado* el consiguiente daño moral y que en todo caso incumbe al responsable demostrar que ha existido alguna situación que justifica la exclusión del perjuicio moral. Pero, cuando se trata de daño moral proveniente del incumplimiento contractual, el daño moral *no puede presumirse* y su prueba tiene que *ser concreta y terminante* (prueba directa a cargo de quien pretenda ser damnificado)”³⁵. Reconoció la importancia de la prueba para la determinación de la existencia del daño moral, aunque veía una tendencia que no consideraba acertada “[...] de presumir la existencia del daño moral por haberse probado la del daño material [...] el daño moral requiere una prueba específica que puede o no, estar vinculada a la prueba del daño material. Puede, incluso, probarse la existencia de un daño moral, sin que exista daño material”³⁶. MARTÍNEZ SIMÓN admite que “en puridad, nunca podrá estarse absolutamente seguro sobre la existencia –o no– del sufrimiento o padecimiento de la víctima, pues para ello, el Juez debería adentrarse en la psiquis y en el fuero interno de la supuesta víctima, y ello no es posible. El Juez solo podrá presumir razonablemente, en base a la experiencia de vida del hombre promedio –haciendo un juzgamiento en abstracto–, que quien invoca el daño moral, necesariamente sufrió como consecuencia del evento dañoso”³⁷. El juez no puede afirmar la certeza de que el daño existió. Sólo que existe una razonable presunción de su existencia. La presunción está presente en MARTÍNEZ SIMÓN. Considerando a PIZARRO y VALLESPINO y la particular naturaleza del daño moral “*no es posible producir una prueba directa* sobre el perjuicio padecido. La índole espiritual y subjetiva del perjuicio es *insusceptible de esa forma de acreditación*” [...] “Si bien pueden existir, para ciertos casos específicos, algunas pruebas científicas, especialmente periciales, que apunten a determinar la existencia o no de ciertas consecuencias, como fobias o stress, como derivación de sufrimiento o pesar, *esas pruebas no son aplicables para todos los casos* y tampoco en todos los casos son realizadas, por lo que el sistema de fijación de la indemnización por daños morales sigue siendo el *convencimiento del juez* que, *razonablemente*, la víctima sufrió los perjuicios morales que alega y, a partir de este *convencimiento íntimo*, el juez trata de determinar, según *su particular percepción y experiencia vital*...”³⁸.

La doctrina civilista parecería centrar sus esfuerzos en el concepto del daño moral, no así en probarlo. La doctrina procesalista, en sus intentos por probarlo, sucumbe ante la dificultad de su naturaleza y propone medios indirectos. Y ello sin considerar –excede las limitaciones de este trabajo– el esfuerzo que ofrece la filosofía de la mente a la prueba de los *hechos psicológicos* o

³⁵ TELLECHEA (2008a: 147).

³⁶ TELLECHEA (2008b: 159).

³⁷ MARTÍNEZ (2023: 697).

³⁸ MARTÍNEZ (2023: 732-733).

estados mentales; considerando sus dificultades epistemológicas, ontológicas e ideológicas³⁹, en toda un área del conocimiento que se desarrolla y presenta un campo fértil para el desarrollo del daño moral. Entre tantas opciones, abogados y jueces oscilan y asumen posiciones sobre su concepción, sobre si existe distinción de sus consecuencias –dolor, sufrimiento, *pretium doloris*– próximas a los orígenes que explicaba WINDSCHEID –indemnización o dinero del dolor (*schmerzengeld*)–, sobre categorías, grados y la posibilidad de su prueba. Todo, a su vez, en un marco de humanización del derecho, un afán *pro victimae* imperante, una sensibilidad social realmente increíble alertada por FERNÁNDEZ ÁVALOS.

3. El daño moral y la prueba en la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia

Contrastemos el daño moral y el tratamiento de la prueba analizando su aplicación práctica en la consideración individual de cada uno de los votos de los ministros de la CSJ.

Sentencia 19/2022. TEÓFILO FARIÑA demandó a TELECEL daños y perjuicios por *responsabilidad contractual*. Suscribió la compraventa de un móvil, con plan mensual y financiando el equipo. Entre reclamos, advertencias de corte y discrepancias con montos, inició diligencias preparatorias y un amparo; situación que le generó un daño “*por haber cortado toda posibilidad de comunicación con terceras personas*” (clientes). Incomunicado –daño emergente y lucro cesante– y sin posibilidad de contactar clientes –pérdida de chance–, agregó daño moral. La demanda fue rechazada en primera instancia y revocada en segunda. Condenó a TELECEL a G.30.000.000 por daño moral, más intereses. La CSJ confirmó el rechazo con el voto en mayoría de JIMÉNEZ y MARTÍNEZ SIMÓN⁴⁰. Se planteó la concepción del daño moral como distinto a las simples molestias o incomodidades de la vida, trayendo la noción de modificación disvaliosa del espíritu de LÓPEZ MESA, ese modo de estar diferente y anterior al hecho. La CSJ delimita la cuestión conceptual. No acepta previsibles vicisitudes de la vida negocial. No cualquier daño material afecta sentimientos íntimos ni genera lesión extrapatrimonial que se traduce en penas o sufrimientos. El sentido jurídico exige cierta configuración y entidad para ser indemnizable, pues existe un margen que se ha de tolerar, propio de la convivencia social obligatoria a la que nos sometemos los seres humanos. Sin que el voto en mayoría encuentre constituido el daño moral, no ingresó en la cuestión probatoria. En disidencia, sin embargo, GARAY encontró entidad suficiente por considerar que existió entre las partes relaciones de consumo. Si bien coincide con los conceptos descriptos y las citas de PIZARRO y ZAVALA DE GONZÁLEZ, entiende que la posición restrictiva en responsabilidad contractual cede en relaciones de consumo como subcategoría de los contratos de adhesión, ya que la condición de parte débil genera mayores angustias dada la inferioridad de condiciones en este tipo de contratos. La incomunicación del usuario constituye perjuicio extrapatrimonial que excede la simple molestia a que nos encontramos expuestos por imposición de la sociedad de consumo. Recién aquí, a través de la disidencia que sí acepta la

³⁹ Para mayor profundidad del asunto, GONZÁLEZ LAGIER, 2022 “Filosofía de la mente y prueba de los estados mentales: una defensa de los criterios de “sentido común”” (*Quaestio facti*, 3: 4-80) y GONZÁLEZ LAGIER, 2004 “La prueba de la intención y el principio de racionalidad mínima” (*Jueces para la democracia*, 50: Madrid).

⁴⁰ **Acuerdo y Sentencia 19 del 7 de abril de 2022** en “*Teófilo Fariña Vergara c/ Telefónica Celular del Paraguay S.A. s/ indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad contractual*”.

existencia del daño moral, la CSJ trata e ingresa al tema de su prueba siguiendo a BREBBIA y BUSTAMANTE. Sostiene que la prueba de la conducta antijurídica permite la demostración del daño moral *in re ipsa*, como violación de algunos de los derechos de la personalidad. No es necesaria la prueba directa. Basta que el juez aprecie las circunstancias del hecho y las cualidades morales de la víctima para establecer objetiva y presuntivamente el agravio moral.

Sentencia 18/2023. EDUARDO HERNÁNDEZ demandó al BANCO NACIONAL DE FOMENTO daños y perjuicios por *responsabilidad extracontractual*. El BNF primero demandó –dos juicios ejecutivos– el mismo sobregiro. Ambos caducaron y, como consecuencia, HERNÁNDEZ reclamó el desprestigio a su buen nombre y confiabilidad. La demanda se hizo lugar en primera instancia y condenó al BNF a ₡.150.000.000 por daño moral. Fue revocada en segunda. La CSJ confirmó el rechazo por unanimidad⁴¹. RAMÍREZ, al igual que en la sentencia anterior, distingue conceptualmente el daño moral de cualquier padecimiento o perturbación. Deben agravarse verdaderos intereses extrapatrimoniales. GARAY coincide en la distinción descartando cualquier angustia, molestia o desasosiego propia de toda persona que los sufre en la vida cotidiana. Siguiendo a TRIGO REPRESAS, debe violarse alguno de los derechos personalísimos o de la personalidad que protegen atributos de la vida íntima, la libertad, la integridad física, el honor, la honra y el pudor sexual, los sagrados afectos. ALBERTO MARTÍNEZ simplemente se adhiere. La CSJ, empero, a diferencia de la sentencia anterior y pese a la unanimidad, no trata el tema de la prueba. Se limita a insinuar en uno de sus votos que este se infiere a partir de la violación de estos derechos personalísimos y nada más. La posición podrá ser correcta o no, pero deviene insuficiente, pues los problemas de prueba deben siempre ser distinguidos de los conceptuales.

Sentencia 21/2023. JULIO RUIZ demandó a RICARDO PEREIRA daños y perjuicios por *responsabilidad extracontractual*. Denunció a los demandados por lesión de confianza a la Caja de Jubilaciones de la Entidad Binacional de Itaipú (CAJUBI), causa luego sobreseída. Los denunciados (sobreseídos) lo denunciaron –luego– por denuncia falsa y esta causa se extinguió. RUIZ (sobreseído de la denuncia falsa), demandó daños fundado en la temeridad de la denuncia. La demanda se hizo lugar en primera instancia y condenó USD.400.000 por daño moral. Fue revocada en segunda. La CSJ confirmó el rechazo con el voto en mayoría de GARAY y RAMÍREZ CANDIA⁴². El primer voto correspondió a la disidencia de MARTÍNEZ SIMÓN. Antes de ingresar a la cuestión conceptual del daño moral, se centró en la denuncia, su tipificación legal, los presupuestos de su falsedad y en su *intencionalidad* como un aspecto determinante de la antijuridicidad. Repasó todos los elementos de prueba como indicativos serios y razonables de la existencia de irregularidades. Determinada la antijuridicidad, ingresó al concepto del daño moral siguiendo las nociones de PIZARRO sobre el honor. El daño orientado al honor debe entenderse en su sentido objetivo como valoración que hacen otros de la personalidad ético-social de un sujeto. Los elementos de prueba muestran que el accionante se vio sometido a situaciones de angustia y sufrimiento, que indefectiblemente le tuvieron que causar congoja espiritual. GARAY, por su

⁴¹ Acuerdo y Sentencia 18 del 30 de mayo de 2023 en “Eduardo Miguel Hernández Piña c/ Banco Nacional de Fomento s/ indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual”.

⁴² Acuerdo y Sentencia 21 del 30 de mayo de 2023 en “Julio César Ruiz Benítez c/ Ricardo Antonio Pereira Poletti y otros s/ indemnización de daño moral”.

parte, como primer voto de la mayoría, se centró en el hecho lícito, exigiendo que la denuncia sea temeraria, infundada, manifiestamente irresponsable, maliciosa o dolosa. Al no encontrar una culpa grave o grosera, la responsabilidad civil se excluye. RAMÍREZ CANDIA coincidió y no consideró probado el dolo, el conocimiento de la inocencia. Sin antijuricidad, el daño no es indemnizable. En esta sentencia, la CSJ no ingresó al tema de la prueba. Se centró más bien en las pruebas directas del hecho ilícito y de su eventual intencionalidad. Al encontrar que estos presupuestos de la responsabilidad civil no estaban probados, no ingresaron a la cuestión conceptual del daño moral ni de su prueba en el presente caso.

Sentencia 23/2023. RAMÓN y GLORIA son padres de CARMEN, de 8 años. Demandaron a AUGUSTO MARTÍNEZ daños y perjuicios por *responsabilidad extracontractual*, como propietario de un perro de raza “Rottweiler”, que la atacó y mordió en la vía pública. La demanda fue rechazada en primera instancia y aceptada en segunda, que condenó ₡.20.000.000 por daño moral. La CSJ confirmó la condena por unanimidad⁴³. GARAY, a diferencia de las sentencias anteriores, analiza primero la procedencia de la indemnización del daño moral desde una perspectiva probatoria. Se debe probar si el acto ilícito ocasionó menoscabo o alteración al estado de equilibrio conductual de la víctima. Fijada la atención en el acto ilícito, aclara que, conceptualmente, el menoscabo o alteración no se agota en el dolor o sufrimiento ni se limita a ellos. Por el contrario, lo amplía incluyendo diferentes maneras en que se manifiesta ese dolor. Siguiendo a ORGAZ, una persona sufre en su seguridad personal, en el goce de sus bienes o en sus afecciones legítimas y siguiendo a PIZARRO, recuerda la noción de modificación disvaliosa del espíritu. Como la demanda centra el daño en lo estético, en las secuelas de miedo y de depresión, GARAY entiende que existe una lesión al derecho de la personalidad. Una vez que define el daño moral de esta manera, retoma la cuestión probatoria. En su opinión, la índole o gravedad de la lesión, sus notoriedades, relevan o eximen la demostración. Pues, en su opinión, surge ostensible *in re ipsa*. Esto es, susceptible de ser percibido y entendido por todos (sentido común). Las pruebas directas fueron suficientes para demostrar por sí mismas la gravedad e intensidad de las lesiones físicas (cicatriz de 30cm en la pierna izquierda). De ahí que, en su opinión, sea innegable el sufrimiento de la menor, su desgaste psíquico, la alteración de su tranquilidad y equilibrio emocional. Lo que se agrava por la visible y permanente cicatriz que afecta la natural armonía, la apariencia física y su belleza. MARTÍNEZ SIMÓN coincide conceptualmente y se centra, a partir de ahí, en la cuestión probatoria del daño moral. En su opinión, su constatación puede lograrse por medio de indicios o presunciones hominis, siempre que por lógica elemental pueda inferirse como necesariamente derivado del curso normal y ordinario de las cosas. Entiende que el especial relieve de la presunción radica en que puede constituir la única fuente de valoración y convicción del juez. En base a ello y la corta edad de la menor, presume y afirma la gravedad del daño, la susceptibilidad de la víctima, la intensidad del padecimiento anímico y espiritual que considera evidentes. Este especial relieve de la presunción reposa, además, en la naturaleza del daño moral. Siguiendo a PIZARRO Y VALLESPINOS, entiende que la índole espiritual y subjetiva del perjuicio no permite su prueba directa y no resulta indispensable ni necesario,

⁴³ Acuerdo y Sentencia 23 del 6 de junio de 2023 en “Ramón Riveros Silvero c/ Augusto Martínez Duarte s/ indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual”.

probar el dolor a través de, por ejemplo, una prueba pericial psicológica o mediante testigos que declaren sobre el estado de ánimo. Con la prueba del evento lesivo puede operar la prueba de indicios o la prueba presuncional, e inferirse la existencia del daño moral, pues en su opinión, es en la prueba indirecta donde el daño moral encuentra su modo natural de realización. JIMÉNEZ se adhiere a MARTÍNEZ SIMÓN.

Sentencia 27/2023. JUAN y CLAUDIA son propietarios de la perra MÍA. Demandaron a LA QUINTA daños y perjuicios por *responsabilidad contractual*; clínica veterinaria contratada para limpiarle el sarro y bañarla. La atención derivó en hemorragia, intervención y fallecimiento de MÍA. La demanda fue rechazada en primera instancia y aceptada en segunda, que condenó ₡.30.000.000 por daño moral. La CSJ confirmó la condena por unanimidad⁴⁴. El ministro JIMÉNEZ fue quien votó primero y comenzó su análisis centrado en las pruebas directas. La necropsia determinó que la hemorragia se debió a un problema en el hígado. Ello determinó también que la descompensación ulterior fue consecuencia de la hemorragia y se descartó alguna condición médica preexistente. Las testimoniales de veterinarios y la absolución de posiciones coincidieron en que los análisis laboratoriales y el tratamiento con antibióticos previos eran necesarios y que la limpieza de sarro del animal fue efectuada sin observar dichas recomendaciones. Ello muestra el incumplimiento del protocolo veterinario. Determinado el incumplimiento del deber, JIMÉNEZ ingresó a la cuestión conceptual. El daño moral constituye la detracción disvaliosa del espíritu, la lesión a derechos intangibles de una persona, sufrimiento o dolor producido por el menoscabo en los sentimientos. En el presente caso, delimitado el concepto, el ministro entendió que la demostración del daño moral sigue las mismas reglas probatorias de cualquier otro hecho, aunque puede constituir un hecho notorio que lo exonera de prueba. Ve en ello una razonable *presuntio hominis*, de tanto peso, que se puede llegar a mostrar la existencia del daño *in re ipsa*. Es decir, como un hecho susceptible de ser percibido y entendido por todos. Siguiendo a ZANNONI aplica la categoría “cosas de afección” y reconoce la especial protección en reciben los animales domésticos (mascotas) y los vínculos de afección que se generan con los seres humanos. Acreditada esta estrecha vinculación y el interés inmaterial cuyo menoscabo se produce, entonces habrá presunción de daño moral. GARAY, por su parte, entendió que las pruebas directas ilustraron el lugar protagónico de la perra y también reconoció el rol trascendental que cumplen actualmente las mascotas en las familias, como custodios, compañía, por cuya razón se les prodiga afecto y cuidados. Citando a JIMÉNEZ LÓPEZ, no consideró necesario demostrar el sufrimiento por la muerte de un animal cuando sí está probada la compañía, el afecto y el cariño intenso. Trajo a colación una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona del 26 de septiembre de 2012 que consideró un *hecho notorio* el daño que produce la muerte de una mascota, un daño especialmente intenso en el caso de los perros, por la particular relación de fidelidad y compañía entre ellos y sus dueños. Finalmente, el ministro MARTÍNEZ SIMÓN adhirió a ambas posturas.

3.1. El papel de las presunciones

⁴⁴ Acuerdo y Sentencia 27 del 26 de junio de 2023 en “Juan Carlos Franco Klein y otros c/ La Quinta S.A. s/ indemnización de daño moral”.

La práctica de la CSJ muestra el rol trascendental de las presunciones en la prueba del daño moral, en argumentos concomitantes con la doctrina. Aparece la prueba *in re ipsa* de BREBBIA y de JIMÉNEZ LÓPEZ; la prescindible necesidad de *aportar prueba directa* de BUSTAMANTE para establecerlo *objetiva y presuntivamente*; la acreditación del evento lesivo sobre el que operan *indicios o prueba presuncional* de PIZARRO Y VALLESPINOS que permite *inferirlo; indicios y presunciones hominis, su modo natural de realización*. La CSJ parte de hechos (probados) *indicativos* del daño moral; *serios y razonables*. Sostiene en casos que *las notoriedades del dolor, por la índole o gravedad de la lesión, relevan o eximen la demostración*. Considera ocioso requerir prueba cuando surge ostensible (*in re ipsa*), *susceptible de ser percibido y entendido por todos (sentido común)*. La constatación vía indicios o presunciones *hominis*, acompañada de una *lógica elemental*, permite inferirlo *como necesariamente derivado del curso normal y ordinario de las cosas*. Su *especial relieve* reposa en que *puede constituir única fuente de valoración y convicción del juez*. Si bien la demostración sigue las reglas probatorias de otros hechos, existen circunstancias que pueden constituir *un hecho notorio y exonerar la prueba*, en base a *una razonable presuntio hominis, de tanto peso, que se llega a considerar daño in re ipsa*. La naturaleza extrapatrimonial del daño moral enmarca su prueba en la tercera vertiente de MEZA y BORAGINA. Excluida la prueba directa, el juez por lógica, experiencia y sana crítica puede presumirlo del ilícito, que le exige sensibilidad, prudencia y rigor científico. La CSJ no pretende, empero, un grado de suficiencia que exija la psicología y la psiquiatría como recomiendan DOS SANTOS y GHERSI, aunque sí mayor que la de TELLECHEA. La índole espiritual y subjetiva *insusceptible de acreditación* que sostiene la CSJ nunca le permite estar del todo segura. Le resta presumir razonablemente, en base a la experiencia de vida del hombre promedio, afirmando una razonable presunción de su existencia. Al fin de cuentas, su convencimiento será el que, razonablemente, determinará el daño según su particular percepción y experiencia vital.

La presunción *–praesumere–* en la CSJ tiene un uso similar al que se le da al indicio. No se aprecia en las sentencias analizadas una distinción entre uno y otro concepto ni en el empleo de cada uno de ellos en el razonamiento sobre la prueba del daño moral. Parecerían más bien sinónimos o significados similares que conceptualmente no son distinguidos en el proceso de justificación de la decisión. Sin embargo, esto puede hacerse. Existen hechos (indicadores) que acreditan hechos (indicados) probándolos (presumiéndolos). El empleo indiferente de la sinonimia fue advertido por MITTERMAIER aunque diferenciado por CARAVANTES y LÓPEZ-MORENO⁴⁵. Su etimología *prae* y *sumo* significa literalmente *tomar antes*. LÓPEZ-MORENO, empero, refirió entre indicio y presunción como comprensiva de una relación de hechos *–generador y generado–* por vía de inducción. La presunción denota un *“juicio incompleto ó sin motivo suficiente –sostuvo– y puede derivar de un indicio, pero no identificarse con él”*. El indicio supone inducción, la presunción deducción; el primero puede constituir verdadera prueba, la segunda *“no es sino el juicio más ó menos exacto que de las pruebas ó de los hechos pueden tener los juzgadores”*⁴⁶. Esta particular diferenciación no se aprecia en la CSJ; al menos, no expresamente.

⁴⁵ LÓPEZ-MORENO (1897: 317-318).

⁴⁶ LÓPEZ-MORENO (1897: 319).

ULLMANN-MARGALIT ve en la presunción el tomar por anticipado o garantizado un hecho. Pero esta anticipación no puede ser un hecho en sí mismo, sino una *estimación provisional* del hecho, rebatible. Siguiendo la noción del *proceso de deliberación* de RAZ, las presunciones funcionan como *método de escape (extrication)* a deliberaciones irresueltas de un agente⁴⁷. Una persona, con o sin razones o evaluando varias, presume en un sentido, delibera y actúa. Interesa su idea de *dar un título (entitle)* al agente en sus deliberaciones para que pueda hacer suposiciones que, de otra manera, no estarían justificadas. Sin embargo, si presumir equivale a suponer por adelantado como estimación provisional de un hecho, al ser rebatible (revocable), la existencia del hecho no estaría justificada hasta que dicha estimación pase de ser provisional a definitiva. Una noción como esta, trasladada al derecho, podría revisarse, empero, dentro del marco normativo procesal que supone limitaciones al razonamiento probatorio. Es decir, revisar si la mera suposición es suficiente como justificación, como algún grado de justificación o, en su caso, puede dar paso a arbitrariedades en la decisión judicial. ULLMANN-MARGALIT ve *procedimientos para la decisión por defecto*⁴⁸, aunque no como sustitutos para casos en particular, sino como *pauta general* de solución de procesos de deliberación irresueltos. Parecería existir semejanzas con la argumentación de la CSJ quien considera que el daño moral le obliga a resolver situaciones que podrían no ser susceptibles de acreditación (irresueltas). Ello permite recurrir a una idea abstracta de experiencia de vida de hombre promedio, una particular percepción y experiencia vital. Hasta qué punto esta manera de resolver supone un método de escape (*extrication*) debería revisarse considerando que quien delibera y actúa es la CSJ cuya decisión se enmarca en reglas jurídico-procesales de prueba. Esta política de escape puede ser un reemplazo de la arbitrariedad por algo así como un prejuicio racional, aunque tengo mis dudas. Como señala MENDONÇA, no basta que el juzgador afirme que existe una presunción o que presume en tal o cual sentido. Debe usar un razonamiento justificatorio que incluye el deber de individualizar la norma presuntiva⁴⁹. Sólo las normas (presuntivas) tienen poder justificatorio. Sólo a partir de una norma presuntiva que actúe como premisa mayor del razonamiento judicial puede deducirse la justificación de dicho razonamiento. Está en la fuerza normativa de la presunción la garantía (*warrant*) de TOULMIN que señala DEI VECCHI⁵⁰. MENDONÇA coincide en que las presunciones legales tienen como contenido una acción⁵¹, pero mantiene sus objeciones a una justificación que omita su carácter *prescriptivo*. Un juez, pues, no debería dar por justificada su decisión sobre presunciones no establecidas en una norma (*presuntiva* o de presunción), por más que ello implique un juicio previo y racional que permita un escape al caso por resolver.

ULLMANN-MARGALIT no distingue, empero, tipos de presunciones y MENDONÇA prefiere evitar las judiciales. Nuestra legislación tampoco las establece como sí el CÓDIGO NAPOLEÓNICO (art. 1349). Quien distingue es AGUILÓ. Hay presunciones *hominis* (del hombre) y establecidas por normas (de presunción), las que en España llama *judiciales* (por jueces) y *legales*

⁴⁷ ULLMANN-MARGALIT (2019: 32).

⁴⁸ ULLMANN-MARGALIT (2019: 32).

⁴⁹ MENDONÇA (2019: 50).

⁵⁰ DEI VECCHI (2019: 3).

⁵¹ MENDONÇA (2019: 53).

(por ley)⁵². Ve en unas, presunciones establecidas por normas que operan en el ámbito del razonamiento práctico de los destinatarios de normas y en otras puras *inferencias fácticas* que hacen los jueces y que son razonamiento teórico. AGUILÓ entiende que las presunciones judiciales pertenecen al razonamiento teórico (proposicional), pero nada impide que integren un razonamiento práctico sin alterar su naturaleza. Un juez podría justificar su decisión sobre sus propias presunciones *hominis*, aunque no estén establecidas en una norma (presuntiva) siempre que esta inferencia integre un razonamiento o deliberación de tipo práctico donde sí las normas integran las premisas de un razonamiento más complejo. Para AGUILÓ, en el derecho, las presunciones *hominis* comparten con las inferencias probatorias las propiedades de un razonamiento teórico, la probabilidad y la derrotabilidad. La diferencia entre ambos tipos de presunciones radica, sin embargo, en el tipo de razones para dar por verdadera la conclusión. En una presunción legal, el enunciado que se presume tiene por razón un hecho base establecido en la norma. Si se acredita o se prueba la existencia del hecho base, la norma jurídica actúa como *garantía* del enunciado presumido y lo *justifica* (normativamente). En las presunciones *hominis*, en cambio, el enunciado que se presume es un enunciado fáctico (sobre un hecho) y este encuentra su razón, no ya en el hecho base de una norma, sino en el *indicio* que presume su existencia. La garantía de este tipo de razonamiento ya no es la norma jurídica, sino la *máxima de experiencia* que el juez refiere y da relevancia al indicio y justifica la presunción. Planteado de esta manera, es la fuerza de los indicios o el apoyo de las razones (indicios, hechos probatorios) lo que mide y justifica la conclusión. La idea se aprecia en ULLMANN-MARGALIT, influenciada por DWORKIN, quien considera que el calificador “suficiente” es una variable que *pesa* razones. También está presente en los argumentos de la CSJ cuando alude a argumentos razonables, suficientes, de peso. La cuestión de *suficiencia* a ser atendida, muy vinculada a la actividad probatoria de lo procesal, no se limita –no se reduce, diría DEI VECCHI– a la mera probabilidad de la decisión, sino que debe justificarse por razones para darse por probada. Aparece la vinculación con la justificación epistémica. En la discusión procesal, el juez no prueba; decide *dar por probado* algo. De ahí que ese componente material adicional que señala AGUILÓ refiera a un juicio de suficiencia que solo de las pruebas presentadas por las partes se puede obtener. En las presunciones legales, el juez no recurre a argumentos de tipo probatorio, pues se limita a presumir el enunciado establecido en la norma. En las presunciones *hominis* la cuestión cambia y se vuelve una inferencia probatoria, pues el enunciado pasa a ser fáctico, en base a razones o indicios cuya relevancia es guiada por la máxima de experiencia referida por el juez y respaldada por el razonamiento inductivo que realiza para ello.

Aplicado a la CSJ y siendo sus presunciones inferencias probatorias, las nociones de probabilidad y derrotabilidad están presentes como en otros razonamientos no deductivos. Si el juez, con presunciones *hominis*, da por probado el daño moral, debe necesariamente hacerlo sobre la base de la prueba de otros hechos que actuarán como indicios o indicativos de su existencia. De estos extraerá las razones y los elementos que considerará suficientes para dar por probado el daño moral. El daño moral, como enunciado fáctico establecido será afirmado como

⁵² AGUILÓ (2017: 99-110).

verdadero por vía de presunción judicial, incluido en la decisión judicial y estará justificado epistémicamente. Al ser la máxima de experiencia que refiere el juez la que le da la relevancia al indicio, su razonamiento se apoya en un razonamiento inductivo, en base a su observación, su trayectoria, su sana crítica. De ahí que este razonamiento siempre es derrotable porque siempre cabe la posibilidad de que exista un error o de que sea falso. Aquí DEI VECCHI encuentra la distinción entre ambos tipos de argumentos presuntivos. En lo que llama el *respaldo*, lo que sostiene las máximas de experiencias utilizadas por los jueces. Afirmado el daño moral, integrará luego otros argumentos que lo vincularán con la norma, para estar justificados jurídicamente. Concebida correctamente la presunción judicial, su justificación evita la arbitrariedad en la decisión judicial si conjuga la presunción *hominis*, no sólo con la experiencia, sino con la norma jurídica que garantiza cierto grado de suficiencia probatoria para decidir. Lo que no se debe, a riesgo de arbitrariedad, es aceptar sin más una presunción judicial como método de escape. La decisión debe, por lo específico del derecho y de su normativa procesal, fundarse en una norma incluyéndola en las premisas o integrar un razonamiento complejo en el que la norma esté presente; conjugando la cuestión fáctica con la jurídica.

3.2. El papel de las máximas de experiencia y de los hechos notorios

Máximas de experiencia es una noción ausente en el razonamiento de la CSJ; al menos así expresada. Aparece con cierta similitud, empero, el argumento que hace que “las cosas hablen por sí mismas”, que la CSJ también considera *in re ipsa*, descrito como susceptible de ser percibido y entendido por todos (sentido común). La CSJ, en esa lógica elemental que refiere en sus sentencias, infiere y afirma la existencia del daño moral como necesariamente derivado del curso normal y ordinario de las cosas. Esta “derivación necesaria” la vincula a la noción de *hecho notorio*. Para la CSJ, un hecho notorio es aquel que puede ser conocido por todos y, como tal, no necesita ser probado. De ahí que se aprecie en sus razonamientos una vinculación entre el argumento *in re ipsa* y el hecho notorio, pues parece ser que cada ministro de la CSJ transforma su experiencia en una suerte de “experiencia compartida por todos”, lo que la hace notoria. Con ello da paso a una presunción judicial de tanto peso, que se llega a considerar daño *in re ipsa*; siempre en base a una experiencia de vida del hombre promedio, una particular percepción y experiencia vital. Esto requiere, empero, un previo análisis y ciertas distinciones.

Empecemos por el argumento *res ipsa loquitur*, con origen en el antiguo caso *BYRNE v. BOADLE* (1863) del derecho anglosajón británico. Pertenece al *Common Law*; sistema jurídico basado en el análisis de sentencias judiciales (precedentes) dictadas por el tribunal o sus superiores. Desarrollado en un país que carece de Constitución escrita; con un sistema jurídico abierto, que permite resolver cuestiones sin necesariamente contar con normas sustantivas legisladas, más propias del sistema continental europeo como el nuestro. La técnica es interpretativa de reglas aplicables al caso concreto, más que de normas escritas. Un contexto relevante, pues *res ipsa loquitur* permite inferir negligencia, culpa, e, incluso, causa de la parte en un caso de

responsabilidad. Para BULLARD es “un paso previo a la responsabilidad objetiva”⁵³, pues es propia en casos de daños con dificultades probatorias para la determinación del hecho. Conforme la CORTE DE NUEVA YORK, “la máxima no es más que una simple regla de prueba que afecta al responsable. Se basa en el sentido común y su propósito es hacer viable la justicia que debe hacerse cuando los hechos referidos a la causalidad y al cuidado ejercido por el demandado están fuera del conocimiento del demandante, pero están o deberían estar en conocimiento del demandado”⁵⁴. Esta aproximación al “sentido común” aparenta ese fenómeno susceptible de ser percibido y entendido por todos que sostiene la CSJ.

La doctrina encuentra necesarios ciertos requisitos para su aplicación: 1) que los daños no hubiesen ocurrido en ausencia de negligencia de alguien; 2) que debiesen ser causados por el demandado o un instrumento bajo su control exclusivo y 3) que otras causas fueren eliminadas y distintas de la negligencia atribuida. Ello supone descartar otros agentes, factores causales del daño y el incumplimiento de un deber. En el fondo, el “control exclusivo” equivale a incumplimiento de un deber –*duty of care*– atribuible al demandado. *Res ipsa loquitur* permite, pues, inferir ante la ausencia de pruebas o con pruebas circunstanciales, que el demandado incumplió su deber, atribuyéndole culpa y responsabilidad. En el derecho anglosajón funciona como instrucción que el juez da al jurado, a fin de que este infiera –según el caso– la eventual responsabilidad. El jurado puede –o no– hacerlo. La responsabilidad no deviene necesariamente atribuida. Existe, por último, una estructura llamada IRAC –*Issue, Rule, Analysis, Conclusion*–, un examen que debe hacerse del caso, de la regla aplicable, su análisis y conclusión. Cada requisito es considerado por separado como premisa de un argumento que permite al jurado plantear el caso (*issue*), la regla jurídica (*rule*), la subsunción del caso en dicha regla (*análisis*) y su resolución (*conclusión*).

Esta aproximación muestra que la CSJ no está en realidad ante circunstancias entendidas por todos, de un curso ordinario de las cosas o de hechos notorios como se mencionara más arriba. Corroborar, más bien, el uso conceptualmente inadecuado del argumento *res ipsa loquitur* y el verdadero sobre sus propias inferencias probatorias sobre tales situaciones. El concepto “máxima de experiencia” es atribuido a STEIN (1893) quien aisló la actividad intelectual del juez de los medios de que puede servirse para comprobar hechos. TARUFFO rescata sus “reglas de vida” (*Lebensregeln*): “definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”⁵⁵. Sin embargo, considera superada la teoría de STEIN criticando su pretensión de generalidad, pues acepta que la experiencia del juez es siempre conocimiento privado y, sólo como tal, no debería integrar la premisa mayor del silogismo en sus decisiones. No puede haber estrictamente un silogismo deductivo que presupone la generalidad de su premisa mayor, si pretendemos que esta generalidad se deduzca de la experiencia del juez. Por amplísima que fuere, en el mejor de los casos, la experiencia del juez es conocimiento de *tipo estadístico*; “términos sintéticos, pero no generales, de la revelación de

⁵³ BULLARD (2005: 219).

⁵⁴ BULLARD (2005: 220).

⁵⁵ TARUFFO (2023: 26).

propiedades constantes de un cierto número de casos experimentados”⁵⁶, siempre finito. La experiencia es fruto de una serie discreta y finita de observaciones, un conjunto de resultados de observaciones particulares, individual o conjuntamente (p. ej., hechos notorios), como si se compendian en una o más experiencias⁵⁷. TARUFFO encuentra en el razonamiento inductivo la única manera lógica de justificar estas premisas, pues parten del conocimiento particular del juez para concluir con el conocimiento también particular de la existencia del hecho. Este tránsito *de lo particular a lo particular* descarta la certeza del razonamiento deductivo e incorpora la *probabilidad* del inductivo. TARUFFO se centra en este paso de lo particular a lo particular, porque considera que la experiencia del juez es siempre particular (lo que él conoce), lo que le permite presumir o afirmar la existencia de un hecho (también particular). La inducción no le permite obtener conclusiones generales, sino, a lo sumo, el establecimiento de un hecho particular que le sirva de premisa menor o que encaje como premisa menor en un silogismo posterior. PUIGARNAU refiere a inducciones de este tipo como “imperfectas o incompletas”, como “inducción reconstructiva”, distinta de aquella que permite alcanzar conclusiones generales. No pasa de algunos hechos (particular) a la totalidad de los hechos (universal), sino de un hecho (particular) a otro hecho (particular), más propia de la tarea inventiva, del descubrimiento. El juez mira un hecho probado (indicio) y concluye la existencia de otro hecho (indicado). *Res ipsa loquitur* no es “prueba” en sentido estricto. Es inferencia o razonamiento ante su ausencia. Aplicable, incluso, ante pruebas circunstanciales, indicativas (indicios) del daño moral, de cuya observación el juez puede, únicamente, inducir la probable existencia del daño moral que deberá luego introducir en un razonamiento deductivo posterior del que concluirá o derivará la responsabilidad. Ello se suma a que la norma procesal atribuye la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido (art. 249 CPrC); limitación al razonamiento judicial. El juez, para decidir, no puede dar por probado el daño moral por pruebas directas ni por pruebas que no ofrece ni produce. Lo infiere de hechos que únicamente las partes ofrecen y prueban, utilizando máximas de experiencia, con un grado mayor de generalidad que su experiencia propia. AGUILÓ distinguió estas inferencias y es preciso alertar que no confundan generando las llamadas *presunciones jurisprudenciales* señaladas por GAMA LEYVA⁵⁸, pues se estaría aceptando un deslizamiento del concepto de presunción y la creación de presunciones que no están en la ley, modificando, con ello, la distribución de la carga de la prueba. Una consideración *ad hoc* para el caso. Resalta la diferencia entre ser “presumible” y “probable” de AGUILÓ⁵⁹. El propio BULLARD, quien concuerda con este uso, reconoce en el argumento *res ipsa* un “principio operativo probatorio”⁶⁰, un incentivo en la aportación de pruebas, una suerte de “presunción de culpa en contra del causante”⁶¹, un mecanismo de inversión de la carga de la prueba “de la culpa y, de alguna manera, de algunos aspectos de la relación causal”⁶². Este reconocimiento es peligroso pues modifica la

⁵⁶ TARUFFO (2023: 32).

⁵⁷ TARUFFO (2023: 33).

⁵⁸ RODRÍGUEZ (2021: 71).

⁵⁹ RODRÍGUEZ (2021: 82).

⁶⁰ BULLARD (2005: 221).

⁶¹ BULLARD (2005: 227).

⁶² BULLARD (2005: 228).

carga de la prueba y el mismo supuesto de hecho de la norma sustantiva. Aceptarlo sin más implica renunciar a la probabilidad del daño moral para tenerlo por probado, por concluyente, por suficiente, trasladando la carga de su prueba a quien ahora deberá derrotar la conclusión del juez.

La lógica elemental de la CSJ para inferir el daño moral no puede ser necesariamente derivada de la experiencia del juez o de su propia convicción. Esto es relevante por dos razones. Primero, porque la experiencia del juez es siempre particular y para considerarse una “máxima” requiere cierto grado de generalidad socialmente compartida por todos que la justifique. Y, segundo, pues la “derivación necesaria” es propia del razonamiento deductivo ausente en la determinación de las premisas fácticas. Es preciso algún razonamiento intermedio que transite de las máximas de experiencia para que con un grado de generalidad y consenso social pueda constituir una premisa mayor en el razonamiento deductivo que lo justifique. La experiencia de vida del hombre promedio que la CSJ alude, en principio, aparece como un conocimiento privado del juez. La justificación debe centrarse, sin embargo, en la vastedad de dicho conocimiento compartido con otros agentes –hecho notorio–. De un conocimiento privado no puede derivarse certeza alguna. Sólo constituye conocimiento particular como instrumento de decisión particular, siempre probable. De ahí que la experiencia del juez, para ser máxima de experiencia que justifique su decisión, debe contener esa generalidad y la decisión debe referir a ella en su afán de justificación. Es cierto y no se me escapa que la norma procesal también establece, que los hechos notorios no necesitan ser probados y su calificación corresponde al juez (art. 249 CPrC). Esta calificación, empero, es producto de una inferencia en tanto el juez induce que cierto hecho es “notorio” por compartir el rasgo *id quod plerumque accidit* –lo que ocurre con frecuencia–; una noción que conjuga ambas –máximas de experiencia y hechos notorios–, que permite así calificarlo. Debemos considerar, por último, que la fijación del hecho en la sentencia o de la premisa menor (fáctica) del razonamiento siempre debe partir de hechos probados (conocidos) y, fijados tales hechos, pueden suponer presunciones valoradas de otros hechos (por conocer) considerados presumidos, probables, nunca ciertos. No son ficciones; las *mentiras técnicas consagradas por necesidad* de IHERING fundadas en los hechos *conscientemente inexistentes* de ALSINA. Son inferencias que parten de hechos probados existentes y cumplen la función práctica de sostener decisiones judiciales en la función del respaldo de TOULMIN.

4. ¿Cómo fundamenta la CSJ que *está probado* el daño moral?

La consideración de las teorías, doctrinas y el trabajo concreto de la CSJ no se agota en su mera comparación, ni en el análisis del rol que cumplen las presunciones, diferentes argumentos y máximas de experiencia en sus decisiones. Por el contrario, permite, a modo de *estado del arte*, un punto de partida para su reconsideración con las principales escuelas del hoy el denominado razonamiento probatorio. Esta nueva sección intentará contrastar los métodos de las escuelas SUBJETIVISTA y RACIONALISTA, sus diferentes formas de justificación para dar por probado un hecho, en nuestro caso, el daño moral.

4.1. Consideración de los métodos conforme la escuela subjetivista y racionalista

La prueba como juicio de hechos requiere una postura sobre la naturaleza, las posibilidades y los límites del conocimiento empírico, enseña GASCÓN⁶³, al analizar concepciones extremas. Refiere a epistemologías y modelos legales, incluyendo prácticas jurisprudenciales, adoptadas en un sentido u otro. En un extremo está la epistemología *subjetivista* o *constructivista*, que encuentra que el conocimiento deriva de nuestros esquemas de pensamiento y juicios de valor; “contaminado” e irreductiblemente subjetivo, dado que la verdad de un hecho está muy vinculada a su contexto. Su adopción en el proceso de prueba se manifiesta en propuestas que, o *postergan la averiguación de la verdad en favor de otras finalidades prácticas del proceso*, o *llevan el inevitable subjetivismo presente en la valoración de la prueba a tal grado de intuicionismos que arruinan cualquier posibilidad de control racional del juicio de hecho*⁶⁴. Es una concepción *persuasiva* o *sicologista* de la prueba. Su finalidad equivale a persuasión del juez en busca de un resultado favorable, tendencialmente irracional. Por su parte, una epistemología *objetivista fuerte* o *acrítica* defiende la objetividad del conocimiento en su correspondencia o adecuación a un estado de cosas existente en un mundo independiente. El conocimiento es un proceso guiado por reglas más o menos seguras y confía en la obtención de la certeza absoluta. Su finalidad tiende a reconstruir lo acaecido en un mundo objetivo, de tipo *cognoscitivista*, pues la prueba actúa como instrumento de conocimiento o modo de averiguación de la verdad⁶⁵. Implica una noción de *correspondencia*. La verdad de un enunciado sobre hechos se corresponde con los hechos a los que refiere. Este extremo del cognoscitismo puede, empero, ser *crítico*, si toma en serio las limitaciones del conocimiento⁶⁶.

Mientras la escuela subjetivista encierra una concepción que otorga al juzgador facultad para juzgar según su conciencia, su entender y convicciones, sin límites a un poder que se concibe omnímodo en materia de pruebas, la escuela racionalista pretende lo contrario. Basa la justificación de su decisión sobre los hechos probados en el método de corroboración de hipótesis, no en la creencia del sujeto. Entre las características de la primera, están la apelación a la íntima convicción del juez como único criterio de decisión; la defensa de una versión muy fuerte de la inmediación; exigencias de motivación débiles o inexistentes sobre hechos; y un sistema de recursos que dificulta el control o revisión del juicio del juzgador⁶⁷. Por su parte, la escuela racionalista debilita el principio de inmediación, exige la motivación de la decisión mediante un método de justificación en sentido estricto, basado en pruebas, en elementos de juicio, corroboración de hipótesis, sujeto a revisión recursiva posterior. En ambas subyacen, pues, concepciones distintas sobre valores de verdad y de proceso, de prueba y verdad; su finalidad y el rol judicial en la toma de decisiones.

4.1.1. Creencias y convicción. Justificación

⁶³ GASCÓN (2012: 17).

⁶⁴ GASCÓN (2012: 20).

⁶⁵ GASCÓN (2012: 18).

⁶⁶ ACCATINO (2019: 90).

⁶⁷ FERRER (2007: 64).

FERRER refiere a la relación prueba y verdad a partir de una revisión crítica de la concepción *verdad real y verdad procesal* sostenida por la doctrina alemana de finales de siglo XIX de VON CANSTEIN, WACH y BULOW así como el paso adelante sólo terminológico de la *Prueba civil* de CARNELUTTI. Esta revisión inicial, empero, apunta a una doctrina procesalista todavía presente que abandona la relación conceptual –prueba y verdad– o de su relación teleológica⁶⁸. A efectos de nuestro tema, aborda dos trabajos de MONTERO AROCA representativos de la concepción persuasiva de la prueba, en los que creencias y convicción sirven de justificación. Esto incluye la prueba como fijación formal de los hechos; como convicción del juez acerca de los hechos y como certeza del juez acerca de los hechos.

La fijación formal es indiferente a la verdad por correspondencia. Su ingreso formal en el proceso (verdad procesal) supondría una versión irracional de la prueba del daño moral, pues estaría limitada a lo que el juez declare probado, independientemente de su corrección respecto de la realidad. La convicción del juez supondría que la prueba del daño moral se obtiene cuando el juez está convencido. Apunta a su estado psicológico de convencimiento, también considerada irracional, en el sentido de que se mantiene indiferente a la verdad por correspondencia. Plantea un problema de *infalibilidad*, en el sentido de que no es susceptible de control de las partes, pues al equiparar convicción con dar por probado, mal podría decirse que el juez ha fallado (falible) al convencerse. Este aspecto subjetivo o psicológico del juez que nadie más que él puede determinar supone una concepción irracional. No habría, en rigor, justificación, sino una *explicación* de pasos o datos que lo llevaron a generar sus convicciones⁶⁹. Por último, la certeza que alcanza el juez es asimilada a convicción –LIEBMAN, DE SANTO y MIRANDA ESTAMPRES– lo que implica los mismos problemas subjetivos. En cualquier caso, estas concepciones persuasivas “no ofrecen a las partes ningún parámetro externo a la propia decisión del juez sobre los hechos que permita evaluar su corrección”⁷⁰.

La prueba del daño moral, conforme la doctrina y la CSJ, se determina en base a presunciones judiciales, inferencias probatorias, máximas de experiencia y el argumento *res ipsa loquitur*. Sin embargo, la CSJ afirma que ello *puede constituir su única fuente de valoración y convicción*. Excluida la prueba directa, la lógica, la experiencia y la sana crítica judicial combinan experiencias y generan el convencimiento del daño según esa particular percepción y experiencia vital del juez. Enmarcado, a su vez, en normas procesales que establecen que los jueces *forman su convicción* conforme las reglas de esta *sana crítica* (art. 269 CPrC). La doctrina civilista, sin adentrarse mucho en materia de pruebas, explora los medios indirectos y las inferencias. Los filósofos exploran la prueba de los estados mentales. La doctrina procesalista, en cambio, revisa críticamente la determinación de los hechos. La experiencia y el trabajo de la CSJ muestran que, si bien acordes con la moderna doctrina civilista en materia de daños, está alejada de los postulados filosóficos y sigue tomando decisiones conforme la *concepción persuasiva* de la prueba; una visión *sicologista* que, más que justificar, explica los pasos del convencimiento de la decisión.

⁶⁸ FERRER (2005: 64).

⁶⁹ FERRER (2005: 67), citando a IGARTUA (1998: 288-289).

⁷⁰ FERRER (2005: 68).

4.1.2. Corroboración y refutación de hipótesis. Justificación epistémica

La escuela racionalista, por su parte, pretende controlar las decisiones. Para dar por probado el daño moral es necesario analizar su existencia como verdadera por su correspondencia con la realidad. Agrega el problema de intentar probar un hecho de *índole espiritual y subjetivo* que, como se ha visto, en opinión de la CSJ, *no es susceptible de acreditación*. No sólo no lo es, sino que la CSJ sostiene que en ciertos casos *no es ni indispensable, ni necesario, probar el dolor experimentado*. Entonces, ¿cómo pretende dar por probado un hecho de esta naturaleza respecto de realidades inasequibles? Si la respuesta está dada, de nuevo, por presunciones judiciales, inferencias probatorias, máximas de experiencia y argumentos *res ipsa loquitur*, la concepción racionalista propone que las decisiones corroboren estas hipótesis, mediante una *metodología inductiva* que permita su corroboración y, ulteriormente, su justificación —no ya explicación— epistémica; los mecanismos externos que pregona FERRER.

La verdad como correspondencia se aparta de la verdad formal o procesal, pues para la escuela racionalista, averiguar la verdad tiene un *objetivo institucional*, sobre todo si se considera que el derecho —y el proceso— pretende cumplir una finalidad regulativa de conductas sociales. La estructura condicionada de las normas jurídicas integra supuestos de hechos con consecuencias jurídicas. Para nuestro tema, impone la obligación de reparar toda lesión material o moral causada por el acto ilícito (art. 1835 CC), por homicidios (art. 1858 CC), lesiones corporales, salud, aptitudes en el trabajo y desfiguraciones (art. 1859 CC), violación, estupro y rapto (art. 1862 CC), honor y reputación (art. 1863 CC). Para sancionar la responsabilidad civil, el juez deberá decidir *cuestiones de hecho* ilícitas —actos, homicidios, lesiones, desfiguraciones—. Este conjunto de actividades, inferencias y argumentos le permitirán al juez dar por probados estos hechos, pero no como equivalentes a fijación formal, convicción o certeza. El razonamiento probatorio requiere argumentos que expresen razones, no convicciones, que apoyen la conclusión (decisión). La prueba del daño moral será no ya lo que un juez cree y explica, sino la que da por verdadera en base a razones sobre *juicios de hecho*.

TARUFFO, siguiendo las observaciones de CARNAP, afirma que el razonamiento inductivo, considerado en su aspecto de tránsito de lo particular a lo particular, tiene el *carácter de ilación, de presunción* (en sentido lógico) *de hipótesis que puede ser más o menos confirmada*, un grado de confirmación alto, a lo sumo, pero no una certeza verdadera⁷¹. Esta observación se centra en la relación lógica de los enunciados y la corrección del enunciado fáctico que, tomado como hipótesis, no requiere necesariamente conocimientos fácticos, sino un análisis lógico de las proposiciones (sobre tales hechos)⁷². Estaríamos en presencia a un mecanismo sobre el juicio de hecho que permitirá introducir el hecho como premisa fáctica en la decisión judicial. TARUFFO elimina la relación juez—cosa (sujeto cognoscente y hecho por conocer), objeto de un problema *cognoscitivo*, y se centra en la relación entre proposiciones fácticas, que apuntan a la validez del razonamiento, como problema *lógico*. La prueba tiene como contenido afirmaciones relativas a un

⁷¹ TARUFFO (2023: 33).

⁷² TARUFFO (2023: 34).

hecho⁷³. No es el hecho el que se prueba, sino las *proposiciones sobre él*, lo que se afirma de él. La actividad judicial deja de tener el hecho como objeto y trasmuta en actividad lógica. Es la forma en que se presenta el razonamiento lo fundamental de la justificación.

Aquí ingresa la justificación epistémica. Dar por probada la proposición sobre un hecho equivale considerarlo epistémicamente justificado. DEI VECCHI discurre entre teorías contemporáneas de justificación –fundacionismo y coherentismo–, pero está más cómodo en el punto intermedio de HAACK, quien conjuga algunos aspectos de las citadas teorías. El fundherentismo es un neologismo con el que HAACK describe esta nueva epistemología de justificación de creencias. Su tesis acepta que la experiencia es relevante para la justificación, pero sin establecer clases privilegiadas de creencias, sino relaciones mutuas entre ellas. Esta concepción epistemológica responde con razones y pruebas a la pregunta de qué hace que nuestras creencias –o las judiciales– sobre hechos estén justificadas. Ocupada en disminuir la arbitrariedad y equivocación de las decisiones sobre hechos y su subjetividad, sostiene que lo justificado es *la proposición creída*, no la creencia misma. La clave no está en la convicción, sino en que el juez deba dar razones de ella. Lo que cree un juez es personal y temporal, suyo y en un momento determinado. Para trascender lo subjetivo, la justificación es objetiva en la medida en que da razones, basada en la experiencia y apoyada en otras razones. Se separa la *creencia* (estado mental) de la *creencia proposición* (contenido). La justificación radica en esto último.

Esto nos regresa al inicio. La visión racionalista está en condiciones de dar por probado el daño moral, justificado epistémicamente, sin rechazar necesariamente la creencia o convicción judicial sobre su existencia, allende la índole espiritual y subjetiva que la CSJ considera no susceptible de acreditación. Sólo que la CSJ, incluso en aquellos casos en que cree que no es indispensable ni necesario probar, debe dar razones basadas en presunciones, inferencias probatorias, máximas de experiencia y argumentos *res ipsa loquitur*, siempre que estas, presentadas como hipótesis en una metodología inductiva, se entrecrucen con otras razones y se sostengan entre sí, permitiendo la corroboración y ulterior justificación mediante el análisis lógico de sus proposiciones.

4.2. Problemas y alternativas

Al tener la CSJ la última palabra, su manera de dar por probado el daño moral puede ser un problema y, al mismo tiempo, la solución. Este trabajo describe su labor, lo confronta con doctrina y un nuevo marco teórico racionalista. Veamos los principales problemas que enfrenta la prueba del daño moral.

El problema de la **Sentencia 19/2022** radicó en determinar la entidad del daño, diferenciando en qué momentos es o no resarcible. Para ello, se plantea la distinción entre las simples molestias o incomodidades de la vida, tolerables por las personas en sus relaciones normales en sociedad y aquellas cuya gravedad sí podrían extralimitar esta frontera de lo tolerable, que supone un cierto grado de gravedad. Conceptualmente, la CSJ ingresa con su voto mayoritario

⁷³ TARUFFO (2023: 44).

a discurrir sobre este margen o espacio de detrimento al que toda persona se somete en su relación con los demás, entidad que, para el voto en disidencia, fue resarcible por constituir una relación de consumo. La CSJ analiza previamente si la situación de hecho constituye daño moral. Luego determina si está probado. En esta sentencia, el estudio de la concepción del daño moral precede al de la evaluación de su prueba. Algo similar ocurrió con la **Sentencia 18/2023**. En la **Sentencia 21/2023**, empero, el problema principal se centró en determinar si se cumplió o no con uno de los presupuestos de la responsabilidad civil. La CSJ centró su análisis en la antijuricidad del hecho (denuncia), considerando la intencionalidad del denunciante, en una cuestión sobre la que hubo disidencia en el voto de los ministros. El voto minoritario y en disidencia entendió que la intencionalidad es un elemento subjetivo de gran relevancia, pues ello supondría que la denuncia se haya realizado a sabiendas de que los hechos atribuidos en ella no fueron ciertos. Sólo en ese caso tipificaría la denuncia falsa. Los elementos de pruebas presentados indicaron que la antijuricidad estaba dada y que la intención estaba acreditada. Determinada aquella, se analizó el concepto del daño moral y su prueba a partir de la existencia de dichos actos antijurídicos. El voto mayoritario, en cambio, lo entendió de manera diferente. Pues, en opinión de los demás ministros, no se probó el dolo. De esta manera, para la CSJ, sin antijuricidad, no procede el resarcimiento. La **Sentencia 23/2023** ingresó primero en la concepción del daño moral. En esta sentencia tuvieron relevancia lo que la CSJ consideró las notoriedades del dolor, aflicción, tormento, lo que releva o exime la demostración del daño moral. La notoriedad, el sentido común, la gravedad de las lesiones y el contexto de la cortísima edad de la menor fueron determinantes para presumir el daño moral. Por último, y a diferencia de las anteriores, la **Sentencia 27/2023** analizó primero las pruebas directas para determinar la situación y los deberes de las partes en litigio. Las pruebas directas descartaron una condición médica preexistente y confirmaron que análisis laboratoriales y antibióticos previos fueron necesarios. Ello llevó a determinar el incumplimiento del protocolo veterinario. Probada la omisión de un deber de la ciencia y de la técnica, la CSJ determinó conceptualmente que el caso integró la categoría de las llamadas “cosas de afección”, considerando la especial protección y los vínculos que se generan entre las personas y las mascotas en los tiempos modernos. Una vez determinado el daño como resarcible, el daño moral fue dado por probado a partir de las presunciones, experiencias, argumentos *in re ipsa* y hechos notorios.

Estos problemas muestran cómo la CSJ produce juicios sobre hechos y cómo se agravan cuando la determinación de su existencia se produce sin unanimidad. Según cada ministro, el daño puede o no constituirse, alcanzar o no entidad resarcible y darse o no por probado según su valoración de las pruebas. La dificultad de la decisión sobre la existencia del daño moral permanece en su naturaleza; en esa plastilina jurídica que escandalizó a DÍEZ-PICAZO. Se aprecia cómo este extraordinario margen de arbitrio autorizado en la legislación civil y en la doctrina civilista, actúa en cada caso, permitiendo que un mismo hecho constituya una simple molestia o una lesión de un derecho al consumidor. Resta, pues, trabajo teórico y doctrinario por delante, una constante revisión crítica jurisprudencial, que vaya puliendo el halo hasta encontrar el núcleo duro del daño moral y, por qué no, ingresar en este nuevo campo que avizora la filosofía de la mente. La alternativa pasa por replantear la *motivación* de las sentencias. Mantener una explicación

persuasiva basada en la convicción del juez termina por compilar una casuística que más o menos converge en conceptos y limitaciones conceptuales. Pero en materia de pruebas, estamos en el campo de los hechos, por lo que es preferible considerar los postulados de su justificación epistémica, introduciendo razones que avalen la decisión. La valoración consiste en la evaluación del apoyo que el conjunto de pruebas presta a la hipótesis fáctica y decidir si puede aceptarse como verdadera. Es decir, valoración libre, pero justificación racional⁷⁴.

5. Resultados finales

El análisis produce la siguiente tabla:

AyS	Año	Unánime	Concep.	Prueba	P. Directa	Indicios	Presunc.	In re ipsa	Exper.	H. Notor.
19	2022	No	Sí	Sí	Sí	No	No	No	No	No
18	2023	Sí	Sí	No	Sí	No	No	No	No	No
21	2023	No	Sí	No	Sí	Sí	No	No	No	No
23	2023	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
27	2023	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí

La tabla resume, cuantifica y muestra los momentos en que las sentencias deciden sobre daño moral, con unanimidad o disidencia en los votos de los ministros. Muestra, además, que siempre consideran la cuestión conceptual, aunque no necesariamente la cuestión probatoria. Este resumen muestra que la alusión que realiza la doctrina al rol principalísimo de las pruebas indirectas para la determinación del daño moral es relativa, en el sentido de que no está siempre presente. Sea por indicios o presunciones, argumentos *in re ipsa*, experiencias o hechos notorios, consideradas como sinónimos o inferencias probatorias, la manera de resolver que muestra la CSJ comienza por la definición, la *adscripción* del concepto; la *asignación de significados* de TARUFFO. Sólo si la CSJ considera por unanimidad o su voto mayoritario que está conceptualmente ante un daño resarcible procede valorar, vía presunciones, si lo da por probado. Pero ello no excluye que en los casos con votos en disidencia o minoritarios, permanece el voto contrario de un ministro que, a la inversa, entiende que conceptualmente no se está ante un daño resarcible y no procede valorar prueba alguna. Las disidencias muestran que los ministros que piensan distinto no subsumieron la misma situación fáctica conceptualmente en la idea del daño y no ingresaron a su consideración probatoria. Por su parte, quienes sí realizaron la subunción, sí lo hicieron. Esta relación de análisis conceptual y probatorio (sustancial y procesal) está siempre presente. El análisis muestra, sin embargo, que la dialéctica al interior de las sentencias es *multidireccional*. Idas y venidas conceptuales, inferenciales y probatorias que no son unidireccionales. La CSJ parte de pruebas directas para dar por probado un hecho dañoso, luego retorna al concepto a ver si encuadra al daño moral, para luego volver a la probatoria y valorar si está acreditado. Ello ocurre en el voto de cada ministro, lo que muestra en ciertos momentos razonamientos aislados. La CSJ recurre, incluso, a pruebas directas para valorar la intencionalidad, pese a su similar naturaleza de índole extrapatrimonial, inaccesible –como lo sostiene la

⁷⁴ GASCÓN (2012: 57).

CSJ en principio— como estado mental. La antijuricidad, considerada la intencionalidad del caso, se da por probada con pruebas directas, pese a que el razonamiento es similar al presuntivo, vía inferencias probatorias.

La experiencia se aprecia con mayor o menor intensidad en los casos. No sólo fundada en casos e información de que dispone el juez por su trayectoria, sino en esa *valoración dinámica y no meramente estática y fragmentada* de indicios y presunciones que le exige *sensibilidad, prudencia y rigor científico* de MEZA Y BORAGINA. Aquí es donde parte del problema de la justificación epistémica se hace necesario. La experiencia del juez está confundida como “máxima de experiencia”, sin justificar cierto grado de generalidad. Se aprecia la facilidad con la que la CSJ presume el daño moral según ciertos contextos. La presunción llega a un punto de eximir pruebas en situaciones ordinarias y comunes vinculadas a mascotas y niños, las que se consideran notorias, mientras que no ocurre lo mismo en aquellas vinculadas a abogados, juicios o falsos denunciantes. Parece, pues, que este *contexto cultural* capaz de influir sobre la experiencia del dolor físico y emocional que alertara PAPAYANNIS⁷⁵ también está presente en el razonamiento de nuestros jueces.

En general, nuestra CSJ permanece enmarcada en la doctrina civilista en materia conceptual y en los postulados subjetivistas en materia procesal, aunque alejada de las preocupaciones filosóficas. En todos los casos está presente la argumentación conceptual. En todos los casos con unanimidad la prueba directa es útil para determinar el *hecho dañoso* que constituye el ilícito civil. Si el voto disiente conceptualmente, no valora pruebas. Determinado el hecho dañoso, la CSJ utiliza indicios y presunciones como sinónimos de pruebas, equiparados a argumentos *in res ipsa*, experiencias y hechos notorios. Es aquí donde el razonamiento probatorio ofrece un marco teórico para precisiones conceptuales sobre inferencias probatorias e introduce el razonamiento inductivo con criterios de probabilidad apoyado en razones, valoraciones probatorias, individuales y conjuntas, en la determinación del grado de suficiencia para la concreción del daño moral. Es aquí donde puede mejorar la justificación de las decisiones.

6. Conclusiones

El trabajo concluye mostrando que en materia de daños confluyen múltiples fuentes y sistemas jurídicos. El daño moral en Paraguay tiene un inmenso campo de responsabilidad civil. Coincidente con las preocupaciones doctrinarias y jurisprudenciales, la civilista sigue siendo la principal responsable en delimitar el concepto, intentando reducir su arbitrio atribuyendo significados al daño, con mayor o menor éxito. Es, empero, el campo procesal donde reside la mayor dificultad en la labor, porque el problema no está necesariamente en el concepto del daño moral, sino en el juicio sobre la proposición del hecho que intenta subsumirse en aquel. Esto permitió al inicio advertir que el problema de su indefinición conceptual enfrenta el de la prueba.

La dificultad lleva a la doctrina procesalista a proponer medios indirectos. Instrumentos que, en definitiva, atienden tantas opciones conceptuales, que abogados y jueces oscilan

⁷⁵ PAPAYANNIS (2020: 143).

entre ellas, diversas, contrarias, encasilladas en categorías o grados. La CSJ realiza un gran esfuerzo de motivación, el prevaleciente uso de presunciones judiciales, su recurrencia a indicios, máximas de experiencia, argumentos *res ipsa loquitur* y hechos notorios. Sin embargo, enmarcados en una concepción persuasiva de la prueba, basada en la convicción de cada ministro, su trabajo termina más vinculado a aquella noción de proceso de deliberación de RAZ y método de escape (*extrication*) a las deliberaciones irresueltas de ULLMANN-MARGALIT. Ahora bien, lo que hace la CSJ no tiene por qué considerarse necesariamente un escape arbitrario. Pues como destacó HAACK, puede optarse por la alternativa racionalista dando razones a la convicción. El razonamiento teórico de los jueces, como mostró AGUILÓ, puede integrar un razonamiento práctico, aunque no esté establecido en una norma presuntiva siempre que esta inferencia integre su deliberación con premisas de un razonamiento más complejo de los que sí está presente la norma y la justificación normativa que reclama MENDONCA. Las presunciones *hominis*, como inferencias probatorias, al ser probables y derrotables, dan garantía si reposan sobre la fuerza de indicios o en el apoyo que las razones (hechos probatorios) prestan a la conclusión de los jueces.

Al margen de las distinciones que se han resaltado en los diferentes tipos de pruebas o argumentos, queda claro que su uso está presente, allende lo conceptual. De ahí que la conclusión que se obtiene en este trabajo en la prueba de daño moral proponga introducir como alternativa a la motivación judicial la consideración respecto de la relación lógica de los enunciados establecidos en sus sentencias, agregando corrección conforme un análisis lógico de sus proposiciones (sobre hechos). La idea de silogismo deductivo subyacente en las sentencias de hoy encontrará en esta alternativa una justificación por la vía inductiva y permitirá analizar la corrección del razonamiento sobre el juicio de hecho que introduce la premisa fáctica en la decisión. El tránsito de un problema cognoscitivo a un problema lógico de TARUFFO.

Para la existencia del dolor emocional sólo cuenta el sujeto que lo experimenta. La verdad *del hecho que cree* es lo que justifica el dolor emocional⁷⁶. Si la prueba tiene como contenido afirmaciones relativas a un hecho, no sería el hecho (daño moral) lo que se prueba, sino las proposiciones sobre él, que se afirma de él, trasladando la prueba a sus manifestaciones, asequibles por la actividad intelectual del juez en uso de inferencias probatorias. Centrado en ello, la decisión judicial, aumentada su motivación, permitirá el control lógico de la proposición que da por probada un hecho y considerarlo epistémicamente justificado.

⁷⁶ PAPAYANNIS (2020: 154).

7. Bibliografía

- ACCATINO, Daniela “Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora?”. *Revus* [Online], 39, 2019.
- AGUILÓ REGLA, Josep “Las presunciones hominis y las inferencias probatorias”. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP* 79, 2017.
- BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo “Cuando las cosas hablan: el res ipsa loquitur y la carga de la prueba en la responsabilidad civil”. *Themis Revista de Derecho* (50), 2005.
- DEI VECCHI, Diego “El carácter presuntivo de las presunciones absolutas”. “*Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*”, *Revus* 38, 2019.
- DÍEZ-PICAZO, Luis “El escándalo del daño moral”. *Civitas*. 1ª ed. España. 2008.
- DOS SANTOS, José Ángel “Aspectos importantes de la indemnización por daño moral”. Suplemento especial de la responsabilidad civil. *La Ley Paraguaya S.A.* N° 1, Paraguay. 2008.
- FERNÁNDEZ ÁVALOS, Pedro F. “Líneas cardinales del daño moral”. *PY/DOC/26/2018*.
- FERRER BELTRÁN, Jordi “Prueba y verdad en el Derecho”. *Marcial Pons*. España. 2005.
- FERRER BELTRÁN, Jordi “Valoración racional de la prueba”. *Marcial Pons*. España. 2007.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina “Cuestiones probatorias”. Colombia. 2012.
- GHERSI, Carlos A. “Daño moral y psicológico”. *Astrea*. Segunda edición actualizada y ampliada. Argentina. 2002.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel “Qué es el “fundherentismo” y qué puede aportar a la teoría de la prueba en el Derecho”. Departamento de Filosofía del Derecho. Universidad de Alicante.
- LÓPEZ-MORENO, Santiago “La prueba de indicios”. 3ª edición. España. 1897.
- MARTÍNEZ SIMÓN, Alberto “Alterum. Derecho de daños”. 2ª edición. Paraguay. 2023.
- MENDONÇA, Daniel “Presunciones”, *Fontamara*, México, 2019.
- MEZA, Jorge A. y BORAGINA, Juan Carlos “Carga de la prueba del daño moral”. *AR/DOC/5339/2012*.
- MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, Roberto “Arqueología de la responsabilidad civil en el Derecho paraguayo. Un ensayo sobre los daños en el Anteproyecto de De Gásperi y su proyección en el Código Civil”. *La Ley Paraguaya S.A.* Paraguay. 2020.
- MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, Roberto “Cómo niños jugando con plastilina. El problema del daño moral”, en “¿Quién responde? 8 ensayos accidentales sobre la responsabilidad civil en el derecho paraguayo”. *La Ley Paraguaya S.A.* Paraguay. 2020.
- PAPAYANNIS, Diego M. “Causalidad y atribución de responsabilidad”. *Marcial Pons*, 2014.
- PAPAYANNIS, Diego M. “Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual”. *Marcial Pons*, 2014.
- PAPAYANNIS, Diego M. “Responsabilidad por el dolor causado y sufrido”. En *Dañar, incumplir y reparar: Ensayos de filosofía del Derecho privado*. *Palestra Editores*. Perú, 2020
- RIERA ESCUDERO, Manuel “Daño moral”. *Derecho Privado paraguayo. Estudios por los 20 años del Código Civil*. *La Ley Paraguaya S.A.* Paraguay. 2007.
- RODRÍGUEZ FACAL, Boris “Las presunciones judiciales”. *Fundación de Cultura Universitaria*. Uruguay. 2021.

SILVA ALONSO, Ramón “*Reparación del daño moral en el Derecho Civil paraguayo*”. La Ley Paraguaya S.A. Paraguay. 1978.

STIGLITZ, Gabriel A. “*Resarcimiento del daño moral civil, comercial y laboral*”. Editorial Juris. Argentina. 2000.

TARUFFO, Michele “*Contribución al estudio de las máximas de experiencia*”. Marcial Pons. España. 2023.

TELLECHEA SOLÍS, Antonio “*Algo más sobre la responsabilidad civil por daño moral*”. Suplemento especial de la responsabilidad civil. La Ley Paraguaya S.A. N.º 2, Paraguay. 2008.

TELLECHEA SOLÍS, Antonio “*Responsabilidad civil por daño moral*”. Suplemento especial de la responsabilidad civil. La Ley Paraguaya S.A. N.º 2, Paraguay. 2008.

ULLMANN-MARGALIT, Edna “*Sobre la presunción*”, Fontamara, México, 2019

8. Apéndice

Sentencias anexadas.