



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**No hay pruebas, pero tampoco dudas: crítica a la
presunción de daños morales derivados de despidos
lesivos de derechos de la personalidad**

Tesis para optar el Título de
Abogado

Carlos Adrián Daza Lozada

**Asesor(es):
Dr. Luciano Damián Laise**

Lima, octubre de 2023

Declaración Jurada de Originalidad del Trabajo Final

Yo, Carlos Adrián Daza Lozada, egresado(a) del Programa Académico de Derecho, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, identificado(a) con DNI 72750312

Declaro bajo juramento que:

1. Soy autor del trabajo final titulado:
“No hay pruebas, pero tampoco dudas: crítica a la presunción de daños morales derivados de despidos lesivos de derechos de la personalidad ”
El mismo que presento bajo la modalidad de tesis¹ para optar el Título Profesional² de Abogado
2. La asesoría del trabajo está a cargo de:
 - **Luciano Damián Laise**, identificado con CE N° 005761130
3. El texto de mi trabajo final respeta y no vulnera los derechos de terceros, o de ser el caso derechos de los coautores, incluidos los derechos de propiedad intelectual, datos personales, entre otros. En tal sentido, el texto de mi trabajo final no ha sido plagiado total ni parcialmente, para la cual he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.
4. El texto del trabajo final que presento no ha sido publicado ni presentado antes en cualquier medio físico o electrónico.
5. La investigación, los resultados, datos, conclusiones y demás información presentada que atribuyo a mi autoría son veraces.
6. Declaro que mi trabajo final cumple con todas las normas de la Universidad de Piura.

El incumplimiento de lo declarado da lugar a responsabilidad del declarante, en consecuencia; a través del presente documento asumo frente a terceros, la Universidad de Piura y/o la Administración Pública toda responsabilidad que pueda derivarse por el trabajo final presentado. Lo señalado incluye responsabilidad pecuniaria incluido el pago de multas u otros por los daños y perjuicios que se ocasionen.

Fecha: octubre de 2023



Firma del optante³

¹ Indicar si es tesis, trabajo de investigación, trabajo académico o trabajo de suficiencia profesional.

² Grado de Bachiller, Título de profesional, Grado de Maestro o Grado de Doctor

³ Idéntica a DNI, no se admite digital salvo certificado

Aprobación

La tesis titulada “No hay pruebas, pero tampoco dudas: crítica a la presunción de daños morales derivados de despidos lesivos de derechos de la personalidad”, presentada por el bachiller Carlos Adrián Daza Lozada, en cumplimiento con los requisitos para obtener el Título de Abogado, fue aprobada por el director de tesis Dr. Luciano Damián Laise.



Dr. Luciano Damián Laise

Director de Tesis



Dedicatoria

A mi familia: por siempre apostar por mí, por todos los cafés que tomaron conmigo y el ruido que amablemente ignoraron durante todas y cada una de mis noches de investigación, por los consejos, por la paciencia, por el cariño y por el amor (y más aún por aguantar innumerables conversaciones conmigo sobre este trabajo).



Agradecimientos

En primer lugar, agradezco a mis padres: a ellos les debo lo que soy. Gracias por creer en mí desde el primer día.

En segundo lugar, a mis profesores: ellos hicieron del camino un verdadero reto. Un reto más que digno de ser enfrentado. No existió jamás aventura memorable que carezca de una trama emocionante.

En tercer lugar, a mis amigos, con quienes compartí la aventura universitaria de la Facultad de Derecho de la UdeP. Hoy, después de seis años (y, a la fecha, un poco más), puedo decir que son la familia que elegí y que seguiré eligiendo. Gracias, queridos Paolo, Fernando, Majo, Cristina, Bero y Ale.

Por último, y no por eso menos importantes: a Renzo Cavani, por sembrar en mí (y desde el 2018) la semilla de la academia, el gusto por el derecho procesal y por los grandes aportes que hizo a esta investigación: gracias por mostrarme los pasos que ahora quiero seguir; a la Dra. Jaliya Retamozo, por acogerme siempre con genuino e incondicional aprecio, sin importar las dificultades que la vida pusiera; al Dr. Luciano Laise, por tomar la batuta de esta investigación sin pensarlo dos veces y por demostrarme que ser docente va más allá de “asesorar” o “enseñar”: *hay que conectar con el otro* (entiéndase en el sentido más humanista posible); y, finalmente, a todos los miembros del grupo de investigación PRODEJUS, quienes no solo han tenido la gentileza de leer cada página de este trabajo, sino que también me han brindado sus apreciaciones y críticas, sometiendo a discusión mis ideas.

Resumen

El daño moral y la prueba de su existencia son un mundo desconocido e inexplorado en el sistema jurídico peruano. Este contexto ha generado una multiplicidad de criterios al respecto, muchas veces sin mayor fundamento teórico y sin correlación con el resto del sistema. Específicamente, en materia de derecho laboral, esta confusión ha devenido en la creación del Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral 2019 Tacna, el cual recoge la última modificación al tratamiento de la necesidad de prueba del daño moral. Este Pleno ha establecido que la existencia del daño moral se presume si se declara judicialmente la existencia de un despido contrario a la ley (1) y, a la par, la lesión de un derecho de la personalidad del despedido (2). Así, sobre la base de presunciones e inferencias probatorias, los jueces peruanos han conectado el acto ilícito de despedir ilegalmente con la generación del daño moral. Lamentablemente, este razonamiento presuntivo no ha sido justificado de manera suficiente y, sin embargo, viene siendo aplicado en la práctica, afectando el derecho fundamental al contradictorio de los demandados, pues la presunción que crea el mencionado Pleno *es utilizada* como una presunción *hominis*, lo que implica que su aplicación sea conocida por el demandado en la sentencia, al final de la instancia, impidiendo que la defensa de los perjudicados sea la más amplia posible. Por ello, esta investigación pretende realizar, valorativamente, una crítica analítica a la presunción fijada en el Pleno desde la racionalidad: en primer lugar, se realizará una revisión de cada presupuesto del razonamiento, explicando qué implica una presunción jurídica y qué tipo de presunción ha sido recogida en el Pleno, de lo cual podrá derivarse un primer grupo de críticas desde la racionalidad (1); en segundo lugar, se esclarecerá qué se debe entender por daño moral, criticando el tratamiento como *in re ipsa* que le ha dado el Pleno en el caso específico del despido (2); y, finalmente, se justificará por qué la exigencia de la probanza del daño moral es la salida más coherente con el derecho fundamental al contradictorio del demandado (3).

Tabla de contenido

Introducción.....	11
Capítulo I: críticas desde la racionalidad a la presunción de daños morales del Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral 2019 Tacna	14
1. Estructuración de la postura del Pleno.....	14
1.1. Estructura presuntiva de la conclusión.....	14
1.2. Sobre las presunciones jurídicas.....	16
1.2.1. Aproximación general a las presunciones jurídicas	16
1.2.2. Clasificación de las presunciones jurídicas	19
1.2.3. Precisiones particulares sobre las llamadas presunciones hominis.....	21
1.3. Sobre las reglas de la carga de la prueba.....	25
1.4. Sobre las máximas de experiencia	28
2. El Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral 2019 ha fijado un razonamiento presuntivo que funciona como una presunción <i>hominis</i>	33
3. Crítica al razonamiento presuntivo del Pleno.....	36
3.1. Críticas inferenciales	36
3.2. Críticas referidas a la inversión de la carga de la prueba que realiza el razonamiento presuntivo del Pleno	45
3.3. Críticas a la máxima de experiencia que sostiene el razonamiento presuntivo del Pleno	51
Capítulo II: críticas de fondo a la presunción de daños morales del Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral 2019 Tacna	55
1. Consideraciones previas.....	55
2. Aproximación a la institución del “daño moral” en el sistema jurídico peruano.....	56
2.1. Orígenes e influencias normativas.....	56
2.1.1. El daño en el derecho francés	57
2.1.2. El daño en el derecho italiano	62
2.1.3. El daño en el derecho peruano	67
2.2. El daño moral en el sistema jurídico peruano desde la doctrina.....	72
2.2.1. Base doctrinal de la idea de “daño”	72
2.2.2. Aportes a la idea de “daño”	74
2.2.3. Base doctrinal del concepto “daño moral”	78
2.3. El daño moral en la actividad judicial peruana	83
2.3.1. Sobre la noción de daño moral y su posición dentro del sistema jurídico peruano	84
2.3.2. Sobre los criterios contrapuestos respecto de la existencia de los efectos negativos indemnizables causados por el daño moral	86

2.4. El razonamiento presuntivo del Pleno presume el daño moral entendido como <i>pretium doloris</i> en el marco de la responsabilidad por inexecución de obligaciones .	89
3. Daños morales <i>in re ipsa</i>	92
3.1. Cuestiones preliminares	92
3.2. Crítica a los hechos base del razonamiento presuntivo que sustenta concebir al daño moral como <i>in re ipsa</i> en los términos propuestos por el Pleno.....	97
3.2.1. <i>Sobre el despido contrario a la ley</i>	98
3.2.2. <i>Sobre la lesión de derechos de la personalidad</i>	99
3.2.2.1. <i>Primera crítica: ex facto oritur ius.-</i>	102
3.2.2.2. <i>Segunda crítica: la responsabilidad civil no es una vía idónea para evitar actos ilícitos.-</i>	105
3.2.2.3. <i>Tercera crítica: lesionar un derecho de la personalidad puede tener consecuencias palpables.-</i>	108
3.3. Crítica a las formas de establecimiento de daños morales <i>in re ipsa</i>	109
3.3.1. <i>Presunción de daños morales in re ipsa establecida como regla</i>	109
3.3.1.1. <i>Presunción de daños morales in re ipsa establecida como una regla del legislador.-</i>	110
3.3.1.2. <i>Presunción de daños morales in re ipsa establecida como una regla de la judicatura.-</i>	114
3.3.2. <i>Presunción de daños morales in re ipsa establecida como presunción hominis</i>	116
4. Argumentación propuesta por el pleno y sus fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales: una crítica desde la racionalidad	121
4.1. Sobre el criterio de normalidad	122
4.2. Sobre la dificultad probatoria para el demandante.....	124
4.3. Sobre la aceptabilidad social.....	126
Capítulo III: la exigencia de probanza de los efectos negativos del daño moral como garantía para el demandado.....	127
1. El derecho fundamental al contradictorio como garantía	127
2. Alcances sobre el derecho fundamental al contradictorio	128
3. El razonamiento presuntivo del Pleno lesiona el derecho fundamental al contradictorio de los demandados.....	131
Conclusiones	138
Referencias.....	139

Lista de Tablas

Tabla 1	Comparativa entre los sistemas francés, italiano y peruano.....	71
Tabla 2	Plenos jurisdiccionales laborales sobre "daño moral".....	86



Lista de Figuras

Figura 1	Estructura de los razonamientos inferenciales.....	17
Figura 2	Ejemplificación de líneas inferenciales múltiples	23
Figura 3	Gráfico inferencial del razonamiento presuntivo del pleno.....	40
Figura 4	Esquema de influencia de las emociones sobre la inversión emocional	104



Introducción

Desde la vigente regulación en el Código Civil peruano de 1984, ha existido incertidumbre respecto del contenido y alcance de los llamados daños inmateriales. Entre estos daños, en la actualidad es posible encontrar al “daño moral” y al “daño a la persona”, ambas como únicas voces típicas de daño inmaterial indemnizables en el ordenamiento jurídico peruano.

Extrañamente, desde la incorporación de estas dos voces que coexisten en la regulación civil, la mayoría de la doctrina, e incluso la jurisprudencia, ha incidido en determinar cuál de las dos debería “prevalecer” o, en cualquier caso, contener a la otra. Para ello, muchos han recurrido a analizar las fuentes histórico-jurídicas del daño moral y del daño a la persona. Al final, la respuesta a la pregunta de cuál de las voces prevalece o cuál contiene a la otra se ha respondido de forma clara: todo dependerá de qué origen se tome como referencia.

Por un lado, una aproximación desde las fuentes francesas de dichas voces de daño llevarán a pensar que el daño moral prevalece sobre el daño a la persona, englobándolo. De otro lado, una aproximación desde fuentes italianas concluirá que el daño a la persona abarca al daño moral. Si esta “discusión” está, aparentemente, resuelta, no queda claro por qué actualmente los esfuerzos de la doctrina y de la jurisprudencia no se centran, más bien, en el fondo y en el contenido de las voces de daño indemnizables antes mencionadas que, sin perjuicio de la discusión inicial al respecto, no dejarán de ser aquellas que regula el vigente Código Civil peruano.

Este mal enfoque de esfuerzos se ha traducido en constantes y muy recientes imprecisiones en el tratamiento de estas voces de daño. Ignorar su contenido ha llevado muchas veces a la confusión entre ambos, al punto en que los jueces peruanos los han usado de manera alternativa al momento de condenar al pago de indemnizaciones.

De la misma manera, el desconocimiento de su contenido -qué hecho es traducible a “daño moral” y a “daño a la persona”- ha conllevado a ignorar qué implica que el daño moral se encuentre probado como para que resulte justificado condenar a alguien al pago de indemnizaciones por dichos conceptos. Esto, además, ha conducido al establecimiento de presunciones respecto de estas voces de daño indemnizables: ante una “dificultad probatoria” del hecho que constituiría el “daño moral” o el “daño a la persona”, en determinados escenarios se ha preferido presumirlos a partir de la prueba de otros hechos.

Uno de los más recientes y relevantes ejemplos de lo dicho en el párrafo que antecede es la conclusión del Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral del año 2019 (en adelante, “el Pleno”), suscitado en la ciudad de Tacna. En este Pleno, diversos jueces de salas superiores de diferentes departamentos del Perú concluyeron lo siguiente:

En las pretensiones indemnizatorias derivadas de un despido inconstitucional, incausado, fraudulento o arbitrario declarados judicialmente como tales; el daño extrapatrimonial invocado a título de daño moral, que comprende además al daño a la persona y otros similares; no cabe presumir la existencia del daño moral, y su existencia deberá ser acreditada ya sea con medios probatorios directos o indirectos, salvo los casos en los que además de vulnerarse el derecho al trabajo, también se hubieran vulnerado otros derechos fundamentales como el honor, la dignidad y otros derechos de la personalidad, en cuyo caso deberá presumirse el daño moral; sin embargo la cuantificación deberá sustentarse en la prueba aportada o en la invocación de determinados parámetros o criterios y sólo en ausencia de ellos podrá acudir a la valoración equitativa conforme al artículo 1332° del Código Civil.⁴

Esta conclusión, en principio, muestra un caso paradigma que será la referencia de este trabajo: los despidos contrarios a ley que afecten un derecho de la personalidad permiten presumir el daño moral.⁵ Sin perjuicio de ello, la conclusión contiene muchas imprecisiones: desde utilizar alternativamente las voces de daño, hasta una falta de rigurosidad al momento de establecer la presunción de los daños morales. No hay un mayor análisis del contenido de la figura del “daño moral” ni de lo que supone fijar judicialmente una presunción; pareciera, más bien, que se han tomado elementos externos al derecho (como la dificultad probatoria que conlleva determinar un estado mental o las limitaciones económicas de los demandantes para acceder a una prueba adecuada) para el establecimiento de dicha presunción, sin considerar las

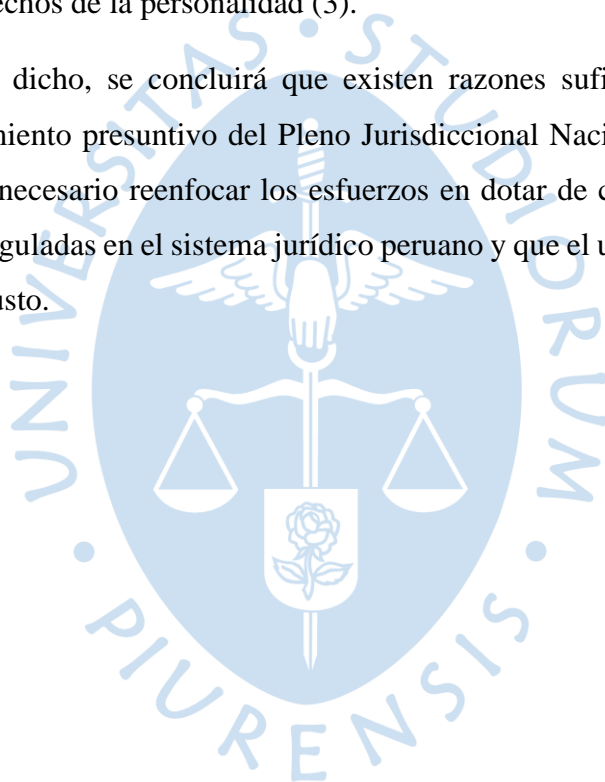
⁴ Conclusión del Sub Tema 2: Otorgamiento y cálculo del daño moral en caso de despido. Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral 2019, Tacna.

⁵ En un ejemplo, un despido de esas características podría verse así: Adrián trabaja para la empresa “X”. El jefe de relaciones laborales de “X”, con la finalidad de justificar el despido de Adrián, crea artificiosamente una serie de documentos con información falsa que mostraría, aparentemente, que Adrián no habría cumplido adecuadamente su trabajo, siendo absolutamente deficiente. El jefe de relaciones laborales utiliza esos documentos falsos como material probatorio dentro de la carta de despido que le notifica a Adrián, quien no sólo habrá visto vulnerado su derecho al trabajo (pues fue despedido de forma ilegal), sino que la imputación de hechos falsos merma su derecho al honor: Adrián ha quedado frente a la sociedad como una persona ineficiente en sus labores, lo que probablemente afecte incluso su reputación profesional.

consecuencias procesales que ello conlleva para otros sujetos dentro del proceso, ni la corrección de dicha decisión.

Es por ello que el objetivo de esta investigación es, en primer lugar, exponer analíticamente los presupuestos del razonamiento presuntivo del Pleno antes mencionado, para poder analizar sus implicancias y dificultades desde la teoría detrás de las presunciones jurídicas y su vinculación con las reglas de carga de la prueba y las máximas de experiencia (1); con ello, podrá apreciarse que es necesario esclarecer qué se debe entender por daño moral, así como explicar y criticar que estos hayan sido entendidos *in re ipsa* por el Pleno (2). Finalmente, se justificará por qué debe exigirse la probanza del daño moral en los casos de despidos contrarios a ley que lesionen derechos de la personalidad (3).

A partir de lo dicho, se concluirá que existen razones suficientes para eliminar o reemplazar el razonamiento presuntivo del Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral 2019, que es necesario reenfocar los esfuerzos en dotar de contenido a las voces de daño no patrimonial reguladas en el sistema jurídico peruano y que el uso de presunciones debe ser riguroso para ser justo.



Capítulo I: críticas desde la racionalidad a la presunción de daños morales del Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral 2019 Tacna

1. Estructuración de la postura del Pleno

1.1. Estructura presuntiva de la conclusión

La conclusión del subtema N° 2 del Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral de 2019 en Tacna (en adelante, “el Pleno”) estableció expresamente lo siguiente:

En las pretensiones indemnizatorias derivadas de un despido inconstitucional, incausado, fraudulento o arbitrario declarados judicialmente como tales; el daño extrapatrimonial invocado a título de daño moral, que comprende además al daño a la persona y otros similares; no cabe presumir la existencia del daño moral, y su existencia deberá ser acreditada ya sea con medios probatorios directos o indirectos, salvo los casos en los que además de vulnerarse el derecho al trabajo, también se hubieran vulnerado otros derechos fundamentales como el honor, la dignidad y otros derechos de la personalidad, en cuyo caso deberá presumirse el daño moral; sin embargo la cuantificación deberá sustentarse en la prueba aportada o en la invocación de determinados parámetros o criterios y sólo en ausencia de ellos podrá acudir a la valoración equitativa conforme al artículo 1332° del Código Civil.⁶

Como se aprecia, a efectos de la presente investigación, el Pleno ha creado, de forma *no vinculante* (pues, se trata sólo de un Pleno jurisdiccional superior y no uno supremo),⁷ una “regla” que establece una presunción: cuando se declare judicialmente un despido contrario a

⁶ Conclusión del Sub Tema 2: Otorgamiento y cálculo del daño moral en caso de despido. Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral 2019, Tacna.

⁷ Siguiendo la reciente modificación del artículo 112° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, solo los Plenos que realicen las Salas Especializadas de la Corte Suprema serán de obligatorio cumplimiento, por tanto, aquellos realizados por las Salas Superiores, como el caso del Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral 2019, no lo son:

Artículo 112°. Plenos jurisdiccionales y acuerdos plenarios

Los integrantes de las Salas Especializadas pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial.

Los jueces de las Salas Especializadas de la Corte Suprema pueden reunirse y aprobar, por mayoría absoluta, reglas interpretativas que serán de obligatorio cumplimiento e invocadas por los magistrados de todas las instancias judiciales. En caso de que los magistrados decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar su resolución, dejando constancia de las reglas interpretativas que desestiman y de los fundamentos que invocan.

ley⁸ y este, a su vez, haya afectado un derecho de la personalidad, se presumirá la existencia del daño moral. Esto puede traducirse a:

“Si P1 es verdadera y, conjuntamente, P2 también lo es, entonces, C es verdadera”

Donde:

- a) Premisa 1 (P1): *existencia de un despido contrario a ley*
- b) Premisa 2 (P2): *el despido contrario a ley ha afectado un derecho de la personalidad*
- c) Conclusión (C): *el referido despido ha causado un sufrimiento calificable como “daño moral”*

No obstante, para poder “presumir” algo, es necesario que entre las premisas y la conclusión exista algún tipo de vínculo, que asegure al menos en un alto grado de probabilidad que la conclusión será cierta si son ciertas las premisas. A este nexo se le conoce como garantía (G) y podría proponerse de la siguiente manera:

- d) Garantía (G): *los despidos ilegales que afectan derechos de la personalidad causan daño moral*

Aunque parezca sencillo, detrás de este razonamiento presuntivo existe una multiplicidad de asuntos que deben esclarecerse no solo para poder entenderlo, sino también para criticarlo. El primero, y más evidente, es qué implica una presunción (1), pues la crítica principal de este trabajo es hacia el razonamiento presuntivo del Pleno. Asimismo, es crucial realizar una vinculación entre la idea de presunción, el concepto de carga de la prueba y las máximas de experiencia: estos conceptos están vinculados de manera muy estrecha y se ve reflejado en el Pleno, pues, como se defenderá, ha creado un razonamiento presuntivo sobre la base de una máxima de experiencia inadecuada, situación que ha invertido la carga de la prueba del daño en perjuicio de los demandados.

⁸ En líneas generales, todos los tipos de despido que han sido tomados en consideración en la conclusión del Pleno son contrarios a la ley, ya sea constitucional, laboral, etc. Las diferencias y particularidades de cada uno no resultan relevantes para el estudio que pretende realizarse en la presente investigación, por lo que se hará un uso genérico de “despidos contrarios a ley”, “despidos ilegales” o “despidos contrarios a derecho”.

Estas consideraciones serán detalladas ampliamente en el presente capítulo, el cual finalizará determinando qué tipo de presunción es la que está fijada en el Pleno y si este ha fijado un razonamiento presuntivo válido y adecuado.

El segundo asunto está estrechamente vinculado al concepto de daño moral: el Pleno, como se aprecia, ha utilizado de forma indistinta al daño moral junto con otras voces de daño no patrimonial. Asimismo, el hecho de presumirlo a través de la demostración de otros hechos (los señalados en P1 y en P2), denota que los jueces entienden que los daños morales son *in re ipsa* en el específico caso de los despidos contrarios a ley que afecten derechos de la personalidad.

1.2. Sobre las presunciones jurídicas

1.2.1. Aproximación general a las presunciones jurídicas

En primer lugar, conviene explicar qué supone una presunción, para luego realizar una aproximación a las llamadas presunciones judiciales o presunciones *hominis*, que son las más relevantes para el presente trabajo, pues la presunción de la existencia de los efectos del daño moral, al menos como ha sido propuesta según el Pleno para los casos de despidos contrarios a ley que afecten derechos de la personalidad, ha sido planteada mediante una presunción de dicho tipo.

Así, Taruffo señala que “La noción, ahora bastante bien consolidada, de la presunción [...] como un razonamiento que permite el establecimiento de la existencia de un *factum probandum* “ignorado” sobre la base de la existencia de un *factum probans* (o indicio) “conocido”, es eficaz en el sentido de clarificar la estructura inferencial de la presunción como instrumento de cognición mediata e indirecta de hechos controvertidos”.⁹

Las presunciones suponen creer algo porque se tiene algún indicio suficiente para ello; por ende, una presunción se compone por: un indicio o una serie de varios indicios (1), una conclusión generada a partir de dicho indicio (2), un grado de suficiencia aceptable del indicio o indicios por los que se presume dicha conclusión (3).

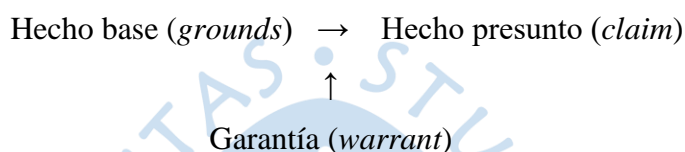
Dicho de forma más técnica, se trata de:

⁹ Traducción libre del italiano, Michele Taruffo, “*Certezza e probabilità nelle presunzioni*”, *Il Foro Italiano*, vol. 97 (1974): 83, <http://www.jstor.org/stable/23164087>.

- a) Un hecho presunto (*claim*)
- b) Uno o varios hechos base (*grounds*)
- c) Un vínculo suficiente (garantía) entre los hechos base y el hecho presunto¹⁰

Así, se cuenta con un esquema base como el siguiente para poder hacer referencia a una presunción:

Figura 1 Estructura de los razonamientos inferenciales



Fuente: adaptada de Taruffo (2018, p. 191)

Este esquema puede verse reflejado claramente en el siguiente clásico ejemplo:

- a) Premisa 1 (*grounds*): Adrián es hombre
- b) Premisa 2 (*warrant*): Todos los hombres son mortales
- c) Conclusión (*claim*): Adrián es mortal

Aquí, el hecho de que Adrián sea mortal está lógicamente confirmado por el hecho de que Adrián sea hombre sobre la base de que todos los hombres son mortales. Así, puede presumirse que Adrián es mortal a partir de saber, al menos con determinado grado de probabilidad: que es hombre (1) y que todos los hombres son mortales (2). Aunque este juicio tenga una estructura inferencial, se podría decir que basta con saber que Adrián es hombre y que todos los hombres son mortales para poder presumir que Adrián es mortal.

Desde de esta construcción se puede afirmar que las presunciones, finalmente, son inferencias a nivel teórico que nos permiten obtener conclusiones verdaderas (o, al menos, probables hasta determinado grado) a partir de premisas, que también deben ser verdaderas (o al menos probables en determinada medida). Por su parte, la garantía (en el caso planteado, la

¹⁰ Michele Taruffo, “*Inferences in judicial decisions about facts*”, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, N° 1 (2018): 190-191, <http://www.revistamarcialpons.es/rivitsproc/article/view/inferences-in-judicial-decisions-about-facts>. Aquí, como se aprecia en el gráfico, Taruffo, como otros (González Lagier, Aguiló Regla, Ferrer Beltrán, etc.), hace referencia al esquema propuesto por Toulmin en *The Uses of Argument* (1958).

premisa 2) expresa un juicio que brinda una información que debe ser verdadera para conectar lógicamente la premisa 1 (que debe ser verdadera también) con la conclusión de forma válida.¹¹

Sobre el particular, es pertinente realizar un breve apunte. Como se mencionó en el ejemplo de “Adrián”, si bien la construcción tipo de las presunciones y de otro tipo de inferencias es la misma (premisa 1, premisa 2 y conclusión), hay una diferencia bastante importante entre ellas: la conclusión será *presumible* cuando las afirmaciones sobre hechos que estén contenidas en la premisas 1 y 2 sean suficientes para considerar la conclusión como probada (o, menos técnicamente, cierta); del otro lado, las inferencias (en sentido genérico) únicamente brindan un resultado *probable a nivel inferencial* de la operación realizada entre las premisas 1 y 2.¹²

Por ello, podría decirse que “presumir”, en estricto, supone “aceptar” la conclusión como premisa bajo determinados contextos y condiciones (fácticas, temporales, etc.), de manera que sea usada como parte de un razonamiento. Siguiendo la línea esbozada, “aceptar” es una acción voluntaria de tomar la conclusión como parte del razonamiento, lo cual va más allá de una mera creencia o suposición: la aceptación no se compromete con ninguna de las dos, pues se puede aceptar la conclusión sin realmente creer en ella. Así, la conclusión es voluntariamente usada como un hecho cierto dentro de un razonamiento diferente al que se usó para generarla en primer lugar.

De esta forma, la “aceptación” permite utilizar la conclusión como parte de un razonamiento sin necesidad de aportar razones epistémicas para ello. Ahora bien, el contexto y las condiciones de dicha aceptación son relevantes en tanto propician dicha aceptación únicamente en circunstancias y bajo condiciones determinadas, las cuales, si desaparecieran, generarán consecuentemente la “no aceptación”.¹³

Sobre lo último, por ejemplo, es perfectamente posible que un juez presuma que existe determinado hecho, por tanto, lo acepta como premisa para su razonamiento: el juez presume que un trabajador sufrió daños morales a razón de que su despido fue contrario a ley y afectó

¹¹ Josep Aguiló Regla, “Las presunciones *hominis* y las inferencias probatorias”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, N° 79 (2017): 102-103, <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201702.005>.

¹² Aguiló, “Las presunciones *hominis*...”, 106-107.

¹³ Daniel Mendonca, “Presunciones”, *DOXA Cuadernos de filosofía del derecho*, vol. 1, N° 21 (1998): 83-87, <https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcbk215>.

su derecho de la personalidad al honor. No obstante, el juez no cree ni supone dicha afirmación, sino que voluntariamente la tiene por cierta.

1.2.2. Clasificación de las presunciones jurídicas

Como es lógico, tanto las presunciones como las inferencias son llevadas de la vida cotidiana al mundo del derecho, situación que, para esta materia, fija la primera gran clasificación entre presunciones: existen presunciones jurídicas y presunciones no jurídicas (estas últimas pertenecientes al mundo de la lógica, pero no propiamente al mundo jurídico).

Haciendo referencia solo a las presunciones en el plano del derecho, la teoría establece que estas pueden clasificarse¹⁴ en presunciones *iuris et de iure*, presunciones *iuris tantum* y presunciones *hominis*. Por su parte, las presunciones *iuris tantum* pueden subdividirse en presunciones *sensu stricto* y verdades interinas.¹⁵

Las presunciones *iuris tantum* son, en esencia, reglas que fijan una vinculación entre el hecho base y el hecho presunto, obligando a aceptar el hecho presunto como cierto si es que se prueba el hecho base, siendo posible probar en contrario del hecho presunto. La vinculación que fija la regla de presunción puede ser epistémica (útil para conocer la verdad de los hechos) o no (la regla puede elegir, por cuestiones políticas, una consecuencia jurídica preferible).

De esta forma, quien pretenda la aplicación de la presunción deberá acreditar la existencia del hecho base, y quien pretenda lo contrario, debe probar en contra del hecho presumido. Esta es la forma *sensu stricto* de entender a las presunciones *iuris tantum*.

¹⁴ Existe una clasificación que incorpora a las presunciones legales como un tipo genérico de presunción jurídica, diferenciándolas de aquellas que son establecidas por los jueces. Sin embargo, muy aparte de quién las establezca, resulta más propio utilizar la clasificación antes descrita, ya que apunta más al contenido de la presunción que a su origen, pues, en la realidad, ambas determinarán que se tiene por probada la conclusión si se prueban los hechos base. En cualquier caso, se puede decir que la distinción entre presunciones *hominis* (o judiciales) y presunciones legales es casi autoevidente: las primeras no cuentan con una base en el derecho positivo (las legales sí), más bien, son inferencias presuntivas en el razonamiento, constituidas por máximas de experiencia y por criterios de racionalidad aportados por el juez, quien se sirve de estos elementos para justificar la existencia del hecho presunto (la conclusión, el *claim*). Más sobre esta clasificación alterna en Serviliano Abache Carvajal, “Las presunciones jurídicas”, *Revista de Derecho UDEP*, vol. 11, N° 1 (2010): 380, <https://revistas.udep.edu.pe/derecho/article/view/1542>.

¹⁵ Jordi Ferrer Beltrán, “La decisión probatoria”, en *Manual de Razonamiento Probatorio*. Coordinado por Jordi Ferrer Beltrán (Ciudad de México: Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación), 413, <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/manuales-de-actuacion>. Ahora, si bien las verdades interinas forman parte de la clasificación brindada en la referencia, otros autores prefieren desvincularlas de plano de las presunciones. Véase, a manera de ejemplo, Josep Aguiló Regla, “Nota sobre “presunciones” de Daniel Mendonca”, *Doxa*, N° 22 (1999): 652-653, <https://doi.org/10.14198/DOXA1999.22.28>. Aquí, Aguiló opina, como otros, que las verdades interinas no son verdaderas presunciones, pues lo único que hacen es establecer un reparto del *onus probandi*, es decir, modifican la carga probatoria.

Por otro lado, las verdades interinas compartirán todos los elementos anteriores, sin embargo carecerán de hecho base: se trata de presunciones aparentes, son más bien reglas que asignan carga probatoria. En este grupo de “presunciones” están la presunción de inocencia, la presunción de buena fe, entre otras.¹⁶

Las presunciones *iuris et de iure* son muy similares a las *iuris tantum sensu stricto* en cuanto a estructura lógica, sin embargo, difieren en la derrotabilidad:¹⁷ la conclusión o el hecho presunto en las presunciones *iuris et de iure* es irrefutable. Además, las presunciones *iuris et de iure* no cumplen con la función de las *sensu strictu*, pues no vinculan dos hechos genéricos asignando una nueva carga de la prueba.

Es posible decir, más bien, que las presunciones *iuris et de iure* guardan cierta identidad con las normas sustantivas respecto a las consecuencias prácticas: existe, usualmente, una relación epistémica entre el hecho base y el hecho presunto; no obstante, existe también, en la estructura de ambas, razones de conveniencia para excluir la posibilidad de probar en contra del hecho presunto y de seguir indagando si verdaderamente a partir del hecho base se dio el hecho presunto.¹⁸

Finalmente, las presunciones *hominis* “[...] no son reglas que obligan a otros a aceptar algo, sino que son inferencias en primera persona, de modo que la persona juzgadora incorporará a su razonamiento la premisa de que un hecho sucedió sobre la base de una inferencia propia y no de una regla impuesta por terceros”.¹⁹

¹⁶ Ferrer, “La decisión probatoria”, 414-419.

¹⁷ Con “derrotabilidad” se busca hacer referencia a la posibilidad de probar en contra del hecho presunto. Normalmente, la posibilidad de probar en contra es amplia, ya que, al final, al tratarse de un cuestionamiento a un supuesto hecho (presunto), la realidad siempre puede prevalecer sobre la presunción (por eso, en principio, las presunciones son “derrotables”). Es decir, si en el mundo real existen hechos que contradigan el hecho presunto (como hipótesis alternativas plausibles, por ejemplo), será posible “derrotar” a la presunción. Sin embargo, dicha posibilidad de probar en contrario puede limitarse por dos motivos:

- a) El primero es que ello sea normativamente prohibido. Existen ocasiones, en las que la norma (con independencia de su origen) es la que impide probar en contra de determinados hechos, por razones de conveniencia.
- b) El segundo es de orden fáctico: hay hechos cuya contradicción es insulsa. No es razonable probar en contra de hechos de la naturaleza o que sigan las leyes de la física (al menos las masivamente aceptadas por la comunidad científica).

¹⁸ Ferrer, “La decisión probatoria”, 418-423. Sobre la identidad de consecuencias prácticas entre las presunciones *iuris et de iure* y las normas sustantivas, Ferrer hace referencia a un argumento de Diego Dei Vecchi, “El carácter presuntivo de las presunciones absolutas”, *Revus, Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, N° 38 (2019): 77-78, <https://doi.org/10.4000/revus.5333>. En su argumento, presenta notas características de las presunciones absolutas o *iuris et de iure*, lo que permite diferenciarlas de las reglas jurídicas.

¹⁹ Ferrer, “La decisión probatoria”, 423.

Así, a diferencia de las presunciones *sensu stricto*, que también pueden ser incorporadas por jueces, estas no resultan una regla obligatoria: las presunciones *sensu stricto* suponían una regla obligatoria (“se presumirá”), mientras que las presunciones *hominis* suponen meras inferencias probatorias (“será presumible” bajo el criterio del juez).

1.2.3. Precisiones particulares sobre las llamadas presunciones hominis

Con lo anterior claro, vale indicar que las presunciones *hominis*,²⁰ sin dejar de ser un razonamiento práctico (las conclusiones del razonamiento tienen una “garantía”²¹ experiencial), constituyen un razonamiento teórico en razón de la naturaleza proposicional de los enunciados que componen una presunción de estas características.

Por otro lado, comparten con cualquier otro tipo de razonamiento inferencial (sin estructura presuntiva) el hecho de que las conclusiones obtenibles tienen un contenido probabilístico: las conclusiones de este tipo de razonamiento presuntivo resultan derrotables sin necesidad de criticar la validez de cualquiera de sus premisas, pues dichas conclusiones se obtienen a partir premisas y garantías cuya validez se sostiene en grados de probabilidad de verdad o en criterios de regularidad, los cuales, *per se*, no representan certeza absoluta de la información que proporcionan sobre la realidad.²²

Adicionalmente, las presunciones *hominis* son inferencias probatorias que se encuentran respaldadas en razonamientos inductivos (de un número amplio de casos particulares se obtiene una regla general), por lo que son esencialmente derrotables. Este tipo de presunciones son utilizadas a voluntad por el juzgador, quien las incorpora en su razonamiento bajo su propio criterio, a diferencia de aquellas presunciones que tienen como base una norma, en las que es

²⁰ Cabe acotar que este tipo de presunciones han sido llamadas de muchas formas, como las siguientes: “razonamiento presuntivo”, “presunciones humanas”, “presunciones judiciales”, “*praesumptiones hominis*”, “prueba de presunciones”, “prueba presuntiva”, “razonamiento presuntivo”, “prueba indiciaria”, “prueba de conjeturas”, “prueba circunstancial”, “prueba indirecta”, entre otras. Ello ha sido así debido a que las distintas acepciones han surgido en sistemas no interconectados. No obstante, dadas las fuentes empleadas en la presente investigación, principalmente de origen español, se utilizará la acepción “presunción *hominis*”. A mayor abundamiento, ver Raymundo Gama Leyva, “Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental”, *REJ – Revista de Estudios de la Justicia* N° 19 (2013): 83, <https://doi.org/10.5354/rej.v0i19.36187>.

²¹ Esta garantía (y los indicios base), como se indicará posteriormente, proviene única y exclusivamente del criterio del juez, que no es otra cosa que el criterio humano. Este, por supuesto, está sujeto a errores y generalizaciones que derivan a resultados epistémicamente contraproducentes, ya que la aplicación de este razonamiento presuntivo (sea visto como teórico o como práctico), normalmente es aplicado al momento de sentenciar, lo que impide probar en contrario al perjudicado con la aplicación de la presunción. Ello conlleva a una imposibilidad de cuestionar inferencias probatorias surgidas del criterio del juez impidiendo alcanzar la verdad de los hechos; ello porque, como se indicó, el buen juicio del juzgador está sujeto a multiplicidad de errores, muchas veces vinculados a su inexperiencia en determinadas áreas del conocimiento (como el científico, por ejemplo).

²² Aguiló, “Las presunciones *hominis*...”, 104.

jurídicamente obligatorio que el juez tenga por probado aquello que se presume si se cumplen los presupuestos correspondientes (se demuestra el o los hechos base).²³

En razón de que las presunciones *hominis* son incorporadas por el juez en orden a “justificar” en su sentencia la existencia del hecho presunto en el razonamiento que hace sobre las pruebas, en palabras de Josep Aguiló, “[...] acaban estableciendo una verdad en el proceso e incorporando un componente dialéctico adicional a la mera probabilidad [...] dicho de otro modo: estas presunciones no solo cumplen la función de dar razones para creer que ciertos hechos han ocurrido (verdad en sentido material), sino que además dan razones para dar por probados esos hechos (verdad en sentido procesal o pragmático), de forma que si no se refutan, se constituirán en la premisa fáctica de la decisión [...]”,²⁴ convirtiéndose así *en verdadera regla de carga de la prueba* que el perjudicado con la aplicación conoce muchas veces en la sentencia.

De otro lado, y haciendo referencia a cuándo es que se aplican las presunciones *hominis*, si un hecho controvertido y alegado por la parte no queda demostrado, entonces, el juez tendrá que indicar que dicho hecho no ha sido probado y, por ende, no se podrá aplicar la consecuencia normativa pretendida por la parte, desestimando ese extremo de su petitorio. Sobre el particular, Correa, haciendo referencia a lo señalado por Wassermeyer, indica que, en teoría, cuando existiera una situación de improbanza por la que el juez deba desestimar determinada sección el petitorio y, a la vez, este rechazo sea, a juicio del juez, *injusto*, el juez “deberá” buscar llegar a otra solución más “justa”, entre otras formas, mediante la aplicación de presunciones *hominis* que den un resultado procesal inverso.²⁵ Estas ideas serán criticadas posteriormente, compartiendo la posición de los autores mencionados.

Ahora bien, como se señaló previamente, las presunciones implican que la información brindada por sus premisas (hecho base y garantía) sean suficientes para considerar la conclusión (hecho presunto) como probada. Cuando esta misma condición se aplica a las presunciones *hominis* o judiciales, es necesario analizar cuidadosamente los elementos que la componen y el contexto en que estas presunciones se hacen relevantes para el derecho.

²³ Dei Vecchi, “El carácter presuntivo de las presunciones absolutas”, 78-88.

²⁴ Aguiló, “Las presunciones *hominis*...”, 106-107.

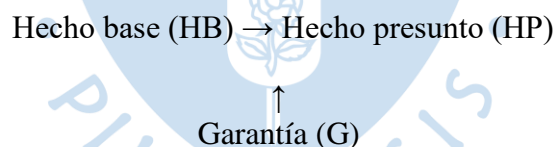
²⁵ Carlos Correa Robles, “La presunción de hecho como figura jurídica en el derecho procesal alemán”, *REJ - Revista de Estudios de la Justicia*, N° 20 (2014): 147-148, <https://doi.org/10.5354/rej.v0i20.36321>.

Al respecto, González Lagier ha precisado cuáles son los elementos base de las inferencias probatorias, que, como se ha mencionado, sólo difieren del razonamiento presuntivo de las presunciones *hominis* en que, para este último, las bases fácticas (hecho base y garantía) serán suficientes para que sea *presumible* la conclusión, ello considerando que es el juez quien elige qué conclusión se tiene por probada y es quien aporta la garantía surgida de su criterio. Con ello establecido, se hará un repaso de los elementos que componen el razonamiento y se mencionará los criterios que deben considerarse para verificar la solidez de tales elementos.²⁶

Respecto del *hecho base*, en los razonamientos de tipo presuntivo realizados por el juez, los hechos base, más allá de que pueden estar relacionados con la existencia de hechos de la realidad o incluso de normas o deberes jurídicos, lo importante es que pueden tener mayor o menor grado de interpretación. De esta manera, pueden ser el resultado de una o varias inferencias, pues existen presunciones cuyo contenido inferencial tiene una estructura más compleja: es decir, hay una línea inferencial de inferencias que sostienen a otras. Esto se puede esclarecer con el siguiente esquema:

Figura 2 Ejemplificación de líneas inferenciales múltiples

Estructura básica:



Donde:

$$HB = HB' \rightarrow HP'$$

↑

G'

Fuente: adaptado de González Lagier (2022, p. 55)

Como se aprecia, el hecho base es una hipótesis que, a su vez, es confirmada por otra inferencia, siendo posible que exista una compleja cadena lineal de inferencias. De esta forma, no le falta razón a quien sugiere²⁷ que entre mayor es la cadena de inferencias, es menos

²⁶ Con limitados matices, se ha tomado esta serie de elementos, la estructura del razonamiento en el gráfico y los criterios de solidez a partir de Daniel González Lagier, *Quaestio facti (Ensayos sobre prueba, causalidad y acción)*, 2ª Ed. (Lima-Bogotá: Palestra, 2022): 55-82.

²⁷ Si se analiza de forma objetiva, lo propuesto por González Lagier al respecto no es descabellado: pensar en que a mayor número de inferencias, mayor probabilidad de error en las afirmaciones es algo, cuando menos, razonable. Al respecto, González, *Quaestio facti*, 73.

probable que “HB”, el hecho base final (el que se obtiene tras la serie de inferencias mencionada), tenga un grado de fiabilidad suficiente como para sustentar un razonamiento presuntivo.²⁸

Finalmente, para verificar la solidez de la inferencia en general respecto de los hechos base, habrá que verificar si estos son *fiabiles* (lo que dependerá de cómo se conocieron), *suficientes* (entre más hechos apunten a la misma conclusión, es más probable que esta sea cierta), *variados* (utilizar diferentes tipos de contrastación permite eliminar hipótesis alternativas, aumentando la corrección de la conclusión) y *pertinentes* (que tengan relación con la conclusión a la que se quiere arribar con el razonamiento presuntivo).

Haciendo referencia a la *garantía*, normalmente está compuesta por máximas de experiencia (1), por otras presunciones (2) o por definiciones o teorías (3). Las garantías permiten conectar el hecho base con el hecho presunto a partir de distintas operaciones o formas de razonamiento. En determinados razonamientos, se concluye más bien una garantía; en otros, se toma la garantía como una posibilidad para poder arribar a una conclusión o también es usada junto a un hecho particular para poder conocer otro.²⁹

²⁸ No obstante, es posible incluso que la garantía (*warrant*) tenga también esta cadena lineal de inferencias. Sobre la conclusión (*claim*), el gráfico presentado muestra solo una operación (HB + G) que la obtiene como resultado. Sin embargo, es posible que otras operaciones generen esa misma conclusión en un caso determinado; por ejemplo, piénsese en algún hecho (daño moral) que puede tener múltiples y simultáneas causas (despido contrario a ley que afectó derechos de la personalidad, muerte de un familiar, falta de dinero para subsistencia, ser demandado por alimentos, etcétera). Esto último, evidentemente, deja entrever que la fiabilidad (en términos epistémicos) de la operación en su conjunto depende también de demostrar por qué, en el caso concreto, otras operaciones perfectamente factibles no han ocurrido para generar la misma conclusión.

²⁹ A saber, siguiendo a González Lagier:

- a) *Deducción*: existe una “regla” (garantía) en la que es subsumible un caso particular (hecho base).

Todos los hombres son mortales (garantía)
Adrián es hombre (hecho base)

Adrián es mortal (conclusión)

- b) *Inducción generalizadora*: conocemos una serie de casos y, desde ellos, se concluye una generalidad, conclusión que será razonablemente verdadera a partir de que dicha serie de casos también lo sea.

Adrián, Fernando y Paolo son hombres (hecho particular)
Adrián, Fernando y Paolo son mortales (hecho particular)

Todos los hombres son mortales (garantía/generalización)

- c) *Inducción probabilística*: a diferencia de las inducciones generalizadoras, este tipo de inducción atiende a verificar determinada conclusión a partir de la subsunción de un caso particular a una generalidad probable.

Si Adrián es hombre, probablemente es mortal (garantía probable)
Adrián es hombre (hecho base)

Adrián es mortal (confirmación probable)

- d) *Abducción*: permite conocer un hecho particular a partir de vincular otro hecho particular con una garantía/generalización.

Para verificar la solidez de la inferencia respecto de la garantía, es necesario verificar *si esta está suficientemente fundada* (la máxima de experiencia que la sustenta no debe provenir de una generalización apresurada o de un prejuicio) y *si establece un grado de probabilidad causal suficiente* (si la garantía une dos hechos en sentido causal, es decir, que a la ocurrencia de un fenómeno le sigue muy probablemente otro, entonces, esta debe expresar un alto grado de probabilidad causal para dotar de fiabilidad a la conclusión final).

Respecto de la *conclusión*, este elemento de las presunciones es aquel presumido a partir de la suficiencia (en el caso concreto) de la operación realizada entre los elementos base y la garantía. En las presunciones *hominis*, este resultado será el hecho presunto, obtenido a partir de una inferencia probatoria realizada por el juez.

Para evaluar su solidez ha de verificarse *si ha sido refutada* (que la verdad que afirme no sea incompatible con otra afirmación sobre hechos que haya sido dada por probada³⁰), *si se han podido confirmar hipótesis derivadas de dicha conclusión* (si existen hechos que sólo ocurrirían si la conclusión es cierta, entonces aumentará la fiabilidad de la conclusión), *si se han eliminado otras hipótesis que confirmen la misma conclusión* (se debe demostrar que la operación que deriva a determinada conclusión es la única o la más probable para darle fiabilidad a la conclusión), *si es coherente* (coherencia narrativa interna -congruencia de las premisas detrás de la conclusión- y coherencia externa -adecuada correlación con el resto del conocimiento-) y *si es simple* (menor cadena inferencial para mayor grado de corrección).

En la sección siguiente, como se adelantó, se procurará explicar de forma detallada qué suponen las reglas sobre la carga de la prueba y cómo es que las presunciones están dirigidas a dinamizar dichas reglas, invirtiendo la asignación de la carga.

1.3. Sobre las reglas de la carga de la prueba

La doctrina de la carga de la prueba tradicionalmente ha diferenciado entre carga de la prueba subjetiva y carga de la prueba objetiva; y, sobre estas concepciones es que se han generado reglas que regulan y distribuyen la carga de la prueba. De un lado, la carga de la

Adrián es mortal (hecho particular 1)
 Todos los hombres son mortales (garantía/generalización)

 Adrián es hombre (hecho particular 2)

³⁰ También puede ser refutada respecto de su grado de probabilidad de verdad, pero, en estricto, esto se hace necesariamente atacando a las premisas en las que se basa la conclusión (hecho presunto). Por eso, en puridad una refutación a la conclusión es lo indicado en el texto principal: que no exista otra afirmación sobre hechos dada por probada en el proceso que sea incompatible.

prueba en su dimensión objetiva se trata de una regla de juicio, pues determina qué parte sufrirá las consecuencias de la insuficiencia probatoria. En palabras diferentes, cuando ha fracasado la actividad probatoria (por no existir pruebas respecto de un hecho relevante o, existiendo, que no superen el estándar probatorio que corresponda),³¹ la dimensión objetiva de la carga de la prueba determinará cómo debe resolver el juzgador en razón de su obligación de impartir justicia (evitando así el *non liquet*).³²

De otro lado, la carga de la prueba en su dimensión subjetiva se refiere a quién “debe” aportar determinada prueba. Lo dicho implica que existen hechos que, de no acreditarse, implican que una parte pierda el proceso; por ello, existe un interés voluntario de la parte interesada en aclarar la situación de dicho hecho, ello con la finalidad de obtener un resultado ventajoso al término del proceso, para lo que requerirá realizar la actividad de aportar prueba suficiente respecto del referido hecho relevante.³³

Sobre estos conceptos básicos es que, en su momento, surgió la idea de dinamización de la carga de la prueba. Más allá de los detalles respecto de su origen, la dinamización de la carga de la prueba supone alterar o flexibilizar las reglas señaladas anteriormente, ello con la finalidad principal de maximizar la información relevante que aporten las partes del proceso, en orden a que el juez tenga la mayor cantidad de elementos de juicio posible para que la decisión sobre los hechos sea lo más próxima a la verdad sobre los mismos.³⁴

Así, estas flexibilizaciones permiten “invertir” las reglas: cuando invertir la carga sea más eficiente para la maximización del peso probatorio,³⁵ el juez hará lo propio, alterando la regla de juicio (la carga de la prueba en sentido objetivo), modificando quién pierde ante la insuficiencia probatoria. De esta manera, indirectamente se modifican los intereses de las partes para aportar pruebas al proceso (carga de la prueba en sentido subjetivo), dado que el resultado de la insuficiencia probatoria también ha cambiado. En estricto, se trata de una “[...] distribución discrecional de las consecuencias del déficit probatorio a cargo de la autoridad jurisdiccional”.³⁶

³¹ Gustavo Calvino, “A favor de la carga de la prueba”, *Estudios de Derecho*, vol. 77, N° 170 (2020): 170, <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/issue/view/3728>.

³² “La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo necesario”, en *Contra la carga de la prueba*, Jordi Nieva Fenoll *et al.* (Madrid: Marcial Pons, 2019), 57-58.

³³ Ferrer, “La carga dinámica de la prueba...”, 59-63.

³⁴ Ferrer, “La carga dinámica de la prueba...”, 64.

³⁵ Michele Taruffo, “Casi una introducción”, en *Contra la carga de la prueba*, Jordi Nieva Fenoll *et al.* (Madrid: Marcial Pons, 2019), 20.

³⁶ Calvino, “A favor de la carga...”, 171.

Con ello, podría decirse, en forma más sucinta, que la dinamización de la carga de la prueba supone determinadas reglas excepcionales de distribución del *onus probandi* según convenga en el caso concreto, siendo posible imponer la carga que originariamente tenía el demandante al demandado; todo ello, por supuesto, a partir de un mayor protagonismo del juez en la búsqueda de hacer justicia según las especiales circunstancias de cada caso.³⁷ Con estas consideraciones queda fijada la *carga de probar en un sentido estricto*.

En línea con lo anterior, la guía para asignar la carga probatoria a una parte u otra, desde los inicios de la dinamización, se sostenía, además de procurar la búsqueda de la maximización del peso probatorio, en la facilidad probatoria: ello fija que la carga probatoria recaerá sobre quien esté en mejores condiciones de probar. Y es que, además de la búsqueda de la maximización del acervo probatorio, la posibilidad de invertir las cargas probatorias se basaba también en el deber de colaboración procesal, según el cual se impide que una de las partes obtenga ventajas producto de la dificultad probatoria de la otra.³⁸

Es claro que ello no viene aislado, pues es perfectamente posible que la parte a quien se le imponga una nueva carga probatoria no tenga interés ni incentivo alguno en aportar medios probatorios que le perjudiquen, por más de esté en mejores condiciones de aportarlos. Por ello, la reasignación de la carga trae consigo la modificación de la regla de juicio: se cambia la respuesta sobre quién pierde el proceso si no hay prueba suficiente de acuerdo a las nuevas cargas impuestas, de manera que quien quebranta el deber de colaboración se verá perjudicado, generando así una verdadera *carga de producir evidencia*. Por lo pronto, puede decirse que de esta manera sí se generarían ciertos incentivos.³⁹

Ahora bien, y de cara a establecer una vinculación con las presunciones, hay que decir la mencionada dinamización de la carga o su flexibilización es precisamente lo que ocurre tras aplicar una presunción: como se presume la existencia del hecho desconocido (hecho presunto) a partir de la exigencia a una de las partes de probar el hecho conocido (hecho base), se invierte

³⁷ Calvinho, “A favor de la carga...”, 174-175.

³⁸ Ferrer, “La carga dinámica de la prueba...”, 66. Aquí, el autor toma lo señalado por Eduardo Oteiza, “La carga de la prueba. Los criterios de valoración y los fundamentos de la decisión sobre quién está en mejores condiciones de probar”, en *La prueba en el proceso judicial*, editado por Eduardo Oteiza, (Buenos Aires: Rubiznal-Culzoni Editores, 2009), 204.

³⁹ Aunque, como se apreciará luego, los incentivos o desincentivos no se generan exclusivamente por el temor de perder el proceso, sino que hay factores exógenos que también pueden generarlos, pero ello se profundizará más adelante.

la carga de la prueba, pues es ahora la contraparte quien tiene la carga de probar en contra del hecho presunto si no quiere que los efectos de la presunción se apliquen.⁴⁰

Con lo dicho, queda pendiente realizar una explicación acerca de las máximas de experiencia, pues estas son la base de las garantías que sostienen a los razonamientos presuntivos y permiten la generación de efectos sobre la carga de la prueba como los descritos en la presente sección. Por ello, a continuación se dará un detallado sobre las máximas de experiencia, así como los criterios de racionalidad que deben considerarse para su aplicación.

1.4. Sobre las máximas de experiencia

Al respecto, ya se ha precisado que, dentro de la estructura de los razonamientos presuntivos, la garantía como elemento conector entre el hecho base y el hecho presunto es determinante. De la garantía depende, en gran medida, la validez del razonamiento probatorio, pues es la que determina el grado de vinculación entre las premisas y la conclusión del razonamiento. Así, también se precisó que usualmente las garantías estaban compuestas por máximas de experiencia (1), por otras presunciones (2) o por definiciones o teorías (3). A efectos de esta sección y de los objetivos del presente trabajo, es pertinente realizar una aproximación a qué implican las máximas de experiencia, pues el razonamiento presuntivo propuesto por el Pleno está sustentado en una y su validez como la de sus efectos depende de que se haya elegido una máxima correctamente.

A estos efectos, como se precisó, las presunciones están sostenidas por una garantía constituida por “máximas de experiencia” que debe ser autosuficiente⁴¹ por principio y debe existir debida justificación en su aplicación. Las máximas de experiencia, por su parte, han sido tratadas por la doctrina de forma muy variada, en las que se les ha considerado:

- a) Normas jurídicas y, a la vez, reglas empíricas.

⁴⁰ No obstante, como se verá luego, existen también otros métodos para defenderse de las presunciones.

⁴¹ De hecho, Correa Robles, en el artículo previamente citado, ya indicaba que, cuando se trata de hechos de naturaleza interna (subjetivos) es difícil acreditarlos mediante prueba directa y, por tanto, suelen requerir de prueba externa para concluir que tales hechos existen. Para ello ha hecho referencia a la demostración del elemento subjetivo del contrato de préstamo de dinero contrario a las buenas costumbres, así como de los distintos *animus* que existen en diferentes figuras jurídicas en la mayoría de los ordenamientos. Es por esto que difícilmente se podrá, mediante una regla de experiencia judicial (siendo el juez un sujeto que, normalmente, no posee conocimiento técnico alguno sobre psicología, psiquiatría, etc.), sostener que de un hecho “A” es presumible un hecho “B” que sea subjetivo, pues esa regla de experiencia no será autosuficiente: para que tenga la rigurosidad necesaria, requerirá de elementos distintos al solo buen criterio del juez, pues busca dar por acreditados hechos cuya “demostrabilidad” no es dominada por el juez. Estas mismas consideraciones son completamente aplicables a la presunción de los efectos negativos del daño moral, ya que son hechos subjetivos que no pueden ser tenidos por probados únicamente a partir de la empatía del juez.

- b) Que surgen a partir del conocimiento del hombre medio y, de otro, que provienen de la experiencia del juez
- c) Que derivan de generalidades y, al mismo tiempo que derivan de percepciones concretas
- d) Que son reglas de valoración por sana crítica y también se ha dicho que son equivalentes la sana crítica
- e) Se les ha diferenciado entre jurídicas (provenientes de la experiencia del juez según su profesión), de carácter científico (como las aportadas por peritos) y de carácter privado (derivadas de la experiencia del juez al margen de su ejercicio) que emergen del razonamiento deductivo y, según otras opiniones, que devienen del razonamiento inductivo; entre otros aspectos con definiciones diferentes y contrapuestas.^{42 43}

Pese a la confusión que presenta la doctrina, hay ciertos elementos comunes que han sido conciliados. Entre estos, es posible destacar la naturaleza y la estructura lógica de las máximas de experiencia. Las máximas de la experiencia son reglas instrumentales para la valoración de las pruebas, expresadas en términos descriptivos sobre cierto hecho; por ende, las máximas de experiencia son *per se* derrotables.

Este enunciado descriptivo que, como puede evidenciarse, expresa una generalización, debe ser también condicional; es decir, que afirme la conexión entre un antecedente y su consecuente, los cuales deberán tener una vinculación verificable empíricamente. Finalmente, la verdad de la máxima de experiencia dependerá de que el vínculo entre el antecedente y el consecuente exista (1) y que tenga un grado de correlación aceptable y suficiente (2).⁴⁴

Entonces, si se analiza el enunciado condicional y descriptivo de la garantía que sostiene la conclusión del Pleno, este se ve así: *los despidos ilegales que afectan derechos de la personalidad causan daño moral*. En esta generalización, el antecedente está configurado por

⁴² Al respecto, es posible encontrar expresadas estas divergencias en la comprensión de la naturaleza de las máximas de experiencia, citando a diversos autores, en Raquel Limay Chávez, “Las máximas de experiencia en la valoración racional de la prueba: Uso adecuado e inadecuado desde la perspectiva de género”, *Revista IUS ET VERITAS*, N° 63 (2021): 212-214, <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202102.011>; y en Alan Limardo, “Repensando las máximas de experiencia”, *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, N° 2 (2021): 119-125, https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i2.22464. Luego, se hará referencia a estos mismos autores para expresar los puntos comunes que existen respecto de las máximas de experiencia.

⁴³ A efectos de conocer mayores alcances, además de los autores referenciados, puede verse también a Nicola Muffato, “Michele Taruffo sobre las máximas de experiencia”, *Derecho & Sociedad*, N° 57 (2021): 3-8, <https://doi.org/10.18800/dys.202102.003>.

⁴⁴ Limay, “Las máximas de experiencia...”, 215-217; y, de otro lado, Limardo, “Repensando las máximas...”, 125-128.

un despido ilegal que afecte derechos de la personalidad y, de otro lado, el consecuente es que un despido de dichas características genera daño moral. Ambos deberían estar conectados sobre una base empírica aceptable y suficiente.

Estas exigencias, como se puede notar, devienen de una racionalidad mínima que se espera que los jueces guarden. Sin embargo, ya decía Taruffo que, a lo mejor, el problema no se encontraba en el plano lógico, sino en la práctica: no habría necesidad de desconfiar de los jueces en el uso de inferencias presuntivas si se viese que se aplican correctamente, empleando criterios de racionalidad mínimos.⁴⁵

Precisamente por ello, el uso de máximas de experiencia no escapa de dichos criterios. A estos efectos, primero es importante diferenciar a las máximas de la experiencia según el tipo de generalización que las sostienen (1) y, de otro lado, verificar qué criterios de aplicación se han de seguir para seleccionar qué máxima de experiencia es pasible de ser empleada para el caso concreto (2).

En primer lugar, sobre los tipos de generalización detrás de las máximas de experiencia, estas pueden tener orígenes diferentes. Pueden distinguirse, al menos, las siguientes:

- a) *Generalizaciones científicas de carácter universal*: se trata de generalizaciones confirmadas por el conocimiento científico, normalmente basadas en leyes científicas o naturales; por ende, puede decirse que el vínculo entre el antecedente y el consecuente es veraz y propio. Por ejemplo, puede decirse que si se suelta un objeto a determinada altura respecto del suelo, por la gravedad este caerá y golpeará con el suelo, debido a las normas relativas a la gravedad.
- b) *Cuasi-generalizaciones*: se trata de generalizaciones no universales, pero que cuentan con un muy alto grado de probabilidad, ello incluso estadísticamente hablando. En estas generalizaciones, existe, evidentemente, un margen de error que se puede identificar, el cual es aceptable como para que la generalización sea considerada válida igualmente.
- c) *Generalizaciones incompletas no espurias*: se trata de generalizaciones fijadas como si fuesen una regla, pero cuyo fundamento no es del todo sólido o universal. Es decir, que no son ni generales ni cuasi-generales. Por ejemplo, puede generalizarse que la ingesta

⁴⁵ Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, 2ª Ed., traducida al español por Jordi Ferrer Beltrán (Madrid: Trotta, 2005), 478.

de comida chatarra causa diabetes como una regla, sin embargo, esta regla no tiene una base cierta: a lo mejor es cierto (bajo algún estudio) que la ingesta de comida chatarra puede incrementar el riesgo de contraer diabetes, pero no que la sola ingesta de comida chatarra causa diabetes, pues se requiere valorar diversos factores (edad, sexo, contexto socioeconómico, posibilidades de prevención, entre muchos otros). Lo cierto es que la generalización, en cierta medida, tiende, con limitaciones, a la universalidad.

- d) *Generalizaciones incompletas espurias*: se trata de generalizaciones fijadas como si fuesen una regla, pero cuyo fundamento o tiene una probabilidad estadística baja (1), o ni siquiera tiene una cuantificación de probabilidad numéricamente fijada (2). Se presentan usualmente como “juicios de normalidad”.
- e) *Generalizaciones radicalmente espurias*: son generalizaciones que no sólo no tienen fundamento científico ni empírico, sino que bordean las meras creencias. No es posible verificar el margen de error probabilístico de estas generalizaciones ni su base cognoscitiva, así como tampoco puede conocerse cuántos han sido los casos particulares sobre los que, inductivamente, se ha basado la generalización en cuestión. Suelen ser basadas en prejuicios o estereotipos, ajenos al conocimiento.⁴⁶

Sobre los criterios de aplicación, una vez que se ha elegido una máxima de experiencia, independientemente de la generalización en que se sustente, tendrá que cumplir con los siguientes parámetros para que pueda afirmarse que su uso es válido dentro de la determinación de los hechos sobre los que aplicará las consecuencias jurídicas correspondientes:⁴⁷

- f) Que “[...] la inferencia tiene que tomar en cuenta la naturaleza específica de la máxima que se utiliza, de modo que, por ejemplo, no se pueden efectuar inferencias “ciertas” sobre la base de máximas no generales, ni inferencias “cognoscitivas” mediante máximas que expresen únicamente valoraciones”.⁴⁸

⁴⁶ Esta clasificación ha sido tomada directamente de Michele Taruffo, “*Considerazioni sulle massime d’esperienza*”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 63, N° 2 (2009): 554-560; así como de Muffato, “Michele Taruffo sobre las máximas...”, 9 y ss.

⁴⁷ La selección de estos criterios (y la exclusión de varios otros) ha sido tomada bajo lo razonado por Muffato, “Michele Taruffo sobre las máximas...”, 33. El autor, tras realizar una reconstrucción cronológica de la propuesta de Taruffo sobre las máximas de experiencia, concluye que los criterios que superan efectivamente la crítica son los planteados en el texto principal.

⁴⁸ Taruffo, *La prueba de los hechos*, 424-425.

- g) No es posible utilizar máximas que se sostengan en generalizaciones espurias. Mucho menos las radicalmente espurias.⁴⁹
- h) No se pueden usar máximas falseadas aún en un único caso.⁵⁰
- i) No se pueden utilizar máximas *ad hoc*.⁵¹

Con estas directrices claras, es posible establecer una vinculación muy estrecha entre presunciones, carga de la prueba y máximas de experiencia. Cada elemento de esta ecuación, como se ha detallado, tiene criterios, exigencias y presupuestos importantes que deben satisfacerse.

Por ello, a continuación se procederá a identificar qué tipo de razonamiento presuntivo ha establecido el Pleno y cómo es que este viene siendo utilizado, con la finalidad de que, posteriormente, se realicen las críticas correspondientes.

Dentro de las críticas a realizar, es menester analizar la estructura presuntiva, disgregando cada una de sus premisas y subpremisas, ello con la finalidad de hacer las críticas correspondientes a la línea inferencial que lleva detrás este razonamiento presuntivo.

De otro lado, corresponde verificar si en la conclusión del Pleno criticada se ha realizado un uso razonado de la presunción como figura que invierte la carga probatoria. A tal efecto, primero, se hará un breve repaso de la regulación peruana al respecto; y, finalmente, tras contrastar los alcances teóricos descritos con la regulación y la conclusión del Pleno, se concluirá la explicación de esta primera línea de argumentación a favor de la exigencia de probanza del daño moral.

⁴⁹ Taruffo, “*Considerazioni sulle massime d’esperienza*”, 557 y ss.

⁵⁰ Limardo, “Repensando las máximas...”, 135-141. En esta sección, Limardo concluye básicamente que las máximas de experiencia elegibles serán aquellas cuya generalización exprese mayor grado de asociación entre antecedente y consecuente (1) y, de otro lado, que el fundamento cognoscitivo que respalde la inducción de la que se deriva la generalización sea el más abarcante posible (2). Por ello, falsear una máxima, aún en un sólo caso, limita ambos aspectos: la conexión entre antecedente y consecuente se hace menos necesaria, se evidencia que el fundamento cognoscitivo para sustentar la generalización no es del todo completo o suficiente para ser aceptable.

⁵¹ Limardo, “Repensando las máximas...”, 141-144. Al respecto, se precisa que crear generalizaciones para el caso concreto no se llega a comprender del todo: puede decirse que el demandado, por ejemplo, siempre realiza la acción “x” y que por ello, en el caso particular, es razonable creer que también ha realizado la acción “x”. No obstante, esta “máxima *ad hoc*” supone una máxima más general que sostiene que las personas siguen sus hábitos, la cual tiene su propio grado de asociación entre antecedente y consecuente empíricamente constatable. De otro lado, construir una máxima *ad hoc* que sea cognoscitivamente completa y que cuente con un grado de asociación particular alto, tal como expone Limardo mediante un ejemplo (ver pág. 143 específicamente), linda casi con una generalización válida, razón por la que la clasificación *ad hoc* realmente queda sin sustento para ser utilizada.

Finalmente, para concluir las críticas del presente capítulo, se someterá la máxima de experiencia que sostiene el razonamiento presuntivo del Pleno a los criterios de racionalidad expuestos al respecto, en orden a verificar si cumple o no con lo mínimo para ser válidamente empleada.

2. El Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral 2019 ha fijado un razonamiento presuntivo que funciona como una presunción *hominis*

Tal como se ha mencionado, el Pleno ofrece una construcción de un razonamiento presuntivo sin fuerza vinculante. No obstante, a nivel de estructura, dicho razonamiento encaja en todos los elementos de presunción *iuris tantum* en sentido estricto: tiene un hecho base, una conclusión y una garantía.

Sin embargo, como se indicó, las presunciones *iuris tantum* llevan detrás una norma jurídica de presunción que *obliga* a su destinatario a aceptar el hecho presunto si se prueban los hechos base que la norma *predetermina*. Por el contrario, el hecho de que el Pleno no sea vinculante para el resto de los jueces hace que no exista obligación alguna de aplicar o no la presunción que prescribe, por lo que, en el fondo, la aplicación o inaplicación del razonamiento presuntivo dependerá del criterio del juez en el caso concreto. Esta “discrecionalidad” es propia de las presunciones *hominis*.

Las distinciones aquí planteadas no son ociosas: de hecho, la doctrina ha reconocido una confusión bastante seria respecto de la clasificación de las presunciones, así como de sus características esenciales. Esta confusión, en lo que aquí respecta, toma relevancia cuando se mencionan a las llamadas “presunciones jurisprudenciales”, las cuales datan de la doctrina italiana.

Las presunciones jurisprudenciales son, en esencia, presunciones *iuris tantum* en sentido estricto, solo que en vez de haber sido creadas por el legislador, han sido creadas jurisprudencialmente. Dejando de lado los problemas de facultades y legitimidad a un lado, este tipo de presunciones creadas por la jurisprudencia son verdaderas reglas que llevan detrás una norma jurídica que respalda la obligatoriedad de tener por probados los hechos ignorados si se prueban ciertos hechos conocidos *previamente establecidos*.

Estas presunciones jurisprudenciales, así como las que crean los legisladores, dispensan a una de las partes de probar el hecho presunto: relevan de la carga de probar a una parte, trasladándole a la contraparte la carga de probar en contra del hecho presunto, invirtiendo la

carga de la prueba. Además, las razones por las que se establecen presunciones de este tipo generalmente responden a garantizar valores o decisiones políticas, como la corrección de algún desequilibrio entre las partes o para atender la dificultad probatoria de determinados hechos, por ejemplo.⁵²

Respecto de los hechos conocidos *previamente establecidos*, en el caso de las presunciones jurisprudenciales (y, por semejanza, en las que crea el legislador), estos están dictados de antemano en la norma que ordena al juez (su principal destinatario) a presumir la existencia del hecho presunto si se acreditan los hechos base ya seleccionados.

Así planteadas las cosas, lo expuesto en el Pleno pareciera encajar con las presunciones jurisprudenciales, pues guarda una estructura similar (hechos base, garantía y conclusión), releva de la carga de probar el hecho presunto al trabajador (le releva de probar la existencia del daño a partir de la prueba de los hechos base), invirtiendo la carga probatoria, haciendo que el demandado esté obligado a probar en contra del hecho presunto (será el empleador quien debe probar que el daño moral no existió). Incluso, la motivación de la creación del razonamiento presuntivo tiene, como se verificará más adelante, una finalidad tuitiva, pues procura la corrección del clásico desequilibrio entre el empleador y el trabajador, así como busca solucionar de alguna forma la dificultad probatoria del daño moral.

Sin embargo, salvo la inversión de la carga de la prueba, ninguno de dichos elementos es esencial: es accesorio quién crea la presunción, así como la finalidad que tenga, ya que puede ser indistinta.⁵³

Y es que la diferencia conceptual entre las presunciones legales/jurisprudenciales y las presunciones *hominis* es que las primeras “[...] no son una inferencia que va de un hecho conocido a un hecho desconocido, sino una regla jurídica que dispensa de la necesidad de acreditar un hecho y que traslada al oponente la carga de la prueba de lo contrario” y, por el contrario, las segundas “[...] sí consisten en un razonamiento en el que la prueba de un hecho sirve como sustento para inferir la existencia de otro hecho”.⁵⁴

⁵² Gama, “Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental”, 79-82.

⁵³ En el mismo sentido, Dei Vecchi, quien añade que tanto las presunciones legales o jurisprudenciales como las presunciones *hominis* pueden estar fundadas en una consideración inductivo-probabilística, sin embargo, que lo que caracteriza verdaderamente a las primeras es que se sustenten en consideraciones evaluativas o procesales, que hacen referencia a valores morales. Ver Dei Vecchi, “El carácter presuntivo de las presunciones absolutas”, 86.

⁵⁴ Gama, “Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental”, 75-76.

Es por ello que es tan relevante diferenciar entre “aquello que debe presumirse” de aquello “presumible”. Mientras que “aquello que debe presumirse” es obligatorio por devenir de una norma jurídica que impone un deber, en el caso de “lo presumible” no hay fuerza normativa detrás: se tendrá cómo probado el hecho presunto no a causa de un deber, sino en razón de un juicio empírico contingente y con contenido probabilístico.⁵⁵

Por tanto, el razonamiento presuntivo del Pleno puede tener toda la apariencia de una presunción jurisprudencial, no obstante, el uso que se le pueda dar a dicha presunción será el de una presunción *hominis*. Ello es así debido a que no resulta obligatorio para ningún juez el aplicar la presunción.

Por si lo anterior no fuese suficiente, no dejan de ser relevantes las formas de defensa con las que cuenta quien se ve perjudicado con la aplicación de una presunción. Para el caso de una presunción cuyo fundamento es una norma jurídica, las únicas defensas que existen dentro de un proceso son: probar en contra del hecho presunto (1) o, de ser posible, demostrar que el o los hechos base no han ocurrido (2).

En cambio, cuando se trata de una presunción *hominis*, además de las opciones antes detalladas, *es posible cuestionar los fundamentos empíricos de la garantía*: el juez, para conectar el hecho base con el hecho presunto hará uso, generalmente, de una máxima de experiencia basada en su criterio, la cual tiene un valor de verdad probabilístico *revisable*.⁵⁶

En consecuencia, aplicando lo dicho al concreto razonamiento presuntivo del Pleno, es razonable concluir que, pese a tener la estructura de una presunción legal, se utiliza como una verdadera presunción *hominis*. Hasta aquí estos detalles de lo que suponen las presunciones jurídicas.

Como se puede apreciar, se ha enfatizado adrede la explicación sobre las presunciones *hominis*, precisamente porque el hecho de que la presunción del Pleno pueda ser aplicada a criterio del juez para el juicio sobre los hechos presenta graves problemas que posteriormente se analizarán.

⁵⁵ Aguiló, “Las presunciones *hominis*...”, 101 y ss.

⁵⁶ Aguiló, “Las presunciones *hominis*...”, 103.

3. Crítica al razonamiento presuntivo del Pleno

3.1. Críticas inferenciales

Ahora, con los conceptos claros acerca de las presunciones jurídicas, las reglas de la carga de la prueba y los criterios de racionalidad aplicables a las máximas de experiencia, se procederá a realizar críticas desde la racionalidad a la presunción fijada en el Pleno, la cual ya ha sido identificada como una presunción *hominis*. Para ello, se contaba con la siguiente estructura:

- a) Premisa 1 (P1): *existencia de un despido contrario a ley*
- b) Premisa 2 (P2): *el despido contrario a ley ha afectado un derecho de la personalidad*
- c) Conclusión (C): *el referido despido ha causado un sufrimiento calificable como “daño moral”*

Y, como se trata de un razonamiento presuntivo y no de un mero razonamiento inferencial, la sola comprobación de P1 y P2 deben ser suficientes para que el juzgador deba tener por probado C. Por ende, además de P1, P2 y C, debe existir G: la garantía detrás que asegura (al menos con un alto grado de probabilidad) que la ocurrencia de C tiene una conexión epistémica suficiente con la ocurrencia de P1 y P2 (básicamente, la justificación de la presunción). G podría proponerse así:

- e) Garantía (G): *los despidos ilegales que afectan derechos de la personalidad causan daño moral*

Esta figura debe ser analizada a nivel de estructura lógica, separando sus presupuestos y los nexos lógicos que supone cada una, para poder analizar racionalmente la conclusión a la que arribó el Pleno antes mencionado:

- a) Premisa 1: *existencia de un despido contrario a ley*

Para que exista un despido contrario a ley, como mínimo el juez debe tener por probado, primero, que el demandante se encontraba en una relación laboral con el demandado (1). Además, debe tener por probado que el demandado, en ejercicio de sus potestades sancionadoras, despidió al demandante (2). Finalmente, debe tener por probado que dicho despido se dio sin la existencia de causa justa contemplada en la ley que haya sido debidamente

comprobada en el procedimiento de despido o, de otro lado, que el despido se haya realizado fuera de las formas establecidas por ley (3).

Como es lógico, existe toda una labor probatoria compleja para la demostración de la contrariedad del acto de despido con la ley. Para esta primera premisa, es posible que existan despidos contrarios a ley bastante evidentes y otros que se encuentran más en la línea media entre la legalidad y la ilegalidad.

Asumiendo que la mayoría de los casos estará en un punto intermedio entre ambos polos, puede decirse que una labor probatoria será necesaria para tener por probada esta premisa. Por ejemplo, un despido contrario a ley evidente es aquel cuya motivación no recoge típicamente ninguna falta grave cometida por el trabajador. Es claro que, al aplicar una potestad para sancionar, como mínimo las infracciones cometidas deben ser invocadas y los hechos imputados debidamente comprobados.

De otro lado, un despido contrario a ley que se encuentre en el medio o cuya ilegalidad sea más discutible, por ejemplo, podría tratarse de un despido cuyo hecho infractor no se probó suficientemente o que en el proceso mismo, con pruebas nuevas (no incluidas en los descargos realizados por el trabajador, por ejemplo), haya sido rebatido.

Este supuesto es más discutible y será el criterio del juez quien determine, a lo mejor, la suficiencia de la demostración de los hechos materia de infracción.

b) Premisa 2: *el despido contrario a ley ha afectado un derecho de la personalidad*

Para que pueda decirse que dicho despido contrario a ley ha afectado un derecho de la personalidad, primero, debe tenerse por probada la premisa 1. Luego, debe constatarse, con un nivel de corroboración suficiente, que las circunstancias conexas al despido han lesionado un derecho de la personalidad.

Esta lesión de un derecho de la personalidad es un daño evento: se trata de una lesión a un derecho en abstracto que puede (o no) generar perjuicios indemnizables. La comprobación de la lesión supone una labor analítica respecto del grado de afectación al derecho, el cual dependerá de la gravedad del caso concreto.

A estos efectos, y sin perjuicio de lo planteado anteriormente, vale la pena recordar que el despido *per se* y la pérdida de ingresos por parte del trabajador no son lo que genera la lesión

un derecho de la personalidad, pues sólo implican la afectación al derecho al trabajo y que ello ya se encuentra cubierto por la indemnización tarifada de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.⁵⁷

Por ende, serán las circunstancias en las que surgió el despido las que son posibles de afectar un derecho de la personalidad. Estas circunstancias, por supuesto, son infinitamente variables según el caso concreto y su probanza puede implicar aún más líneas inferenciales que requieren debida comprobación para validar el razonamiento principal que se analiza en esta sección.

Lamentablemente, y adelantando brevemente una acotada crítica, el Pleno no ha valorado bien qué es lo que verdaderamente genera la lesión de un derecho de la personalidad en el marco de un despido contrario a ley. Por ello, en la conclusión citada no expresa distinción alguna de si es el despido mismo o si son las circunstancias conexas a este las que generan la lesión.

c) Conclusión: *el referido despido ha causado un sufrimiento calificable como “daño moral”*

Más allá de la garantía, como se trata de un razonamiento presuntivo, no se requiere más para la conclusión que tener por probadas las premisas 1 y 2. Ello, por supuesto, implica que existe una conexión epistémica entre las premisas y la conclusión, pero ello será dado por la garantía, que se analizará posteriormente.

Entonces, si el juzgador, a partir de lo dicho, tiene a esta conclusión por probada, corresponderá que aplique las consecuencias jurídicas al hecho que acaba de presumir: si la conclusión es que el demandante sufrió daños morales, entonces podrá dar por satisfecha la exigencia de la demostración de la existencia del daño, procediendo a analizar el monto de la indemnización que corresponda (esto último vinculado al cálculo del monto a indemnizar por daño moral, lo cual no forma parte del presente trabajo).

d) Garantía: *los despidos ilegales que afectan derechos de la personalidad causan daño moral*

⁵⁷ A tal efecto, el artículo 38° de la norma a la que se hace referencia establece lo siguiente:

La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el período de prueba.

Sobre el particular, debe recordarse que el Pleno propone una regla de presunción aplicada en la valoración probatoria, pues se trata de un Pleno no vinculante cuyas premisas son también parte de los hechos controvertidos en el proceso (esto último enfatiza más que la presunción sólo aplicará en la valoración de la prueba). Esta regla de presunción supone presumir un hecho que debe tener una conexión epistémica con las premisas que sustentan dicha presunción.

Lo dicho implica que el juez, al momento de valorar la prueba, decide si aplicar o no la presunción, ya que su aplicación como tal no es obligatoria según el Pleno. Entonces, al decidir utilizar una presunción, probablemente tras tener por probadas las premisas 1 y 2, el juez debe justificar las razones de la aplicación de la presunción al caso concreto, así como la fundamentación correspondiente respecto de la corrección de la presunción aplicada (lo que implica justificar que la presunción entre las premisas 1 y 2 y la conclusión se encuentra sustentada epistémicamente).

Así, lo que ocurre es que el elemento “garantía” será satisfecho por una regla de experiencia del juez, la cual debe ser autosuficiente y debe haber sido generada por alguien capaz cognoscitivamente de comprender que existe una vinculación epistémica entre las premisas y la conclusión, al menos con un alto grado de probabilidad, no bastando la mera empatía del juez como vía del conocimiento de los hechos. En síntesis, con todo lo detallado, podría fijarse lo siguiente respecto de estructura de la conclusión del Pleno:

“Basta con que sea verdad que P1 y P2 para creer C, sobre la base de G”

Donde:

a) P1 es verdad si también son verdad:

- i) P1^a: acreditación de la relación laboral
- ii) P1^b: demostración de que el demandado despidió al demandante
- iii) P1^c: demostración de que el despido se realizó de forma contraria a la ley.

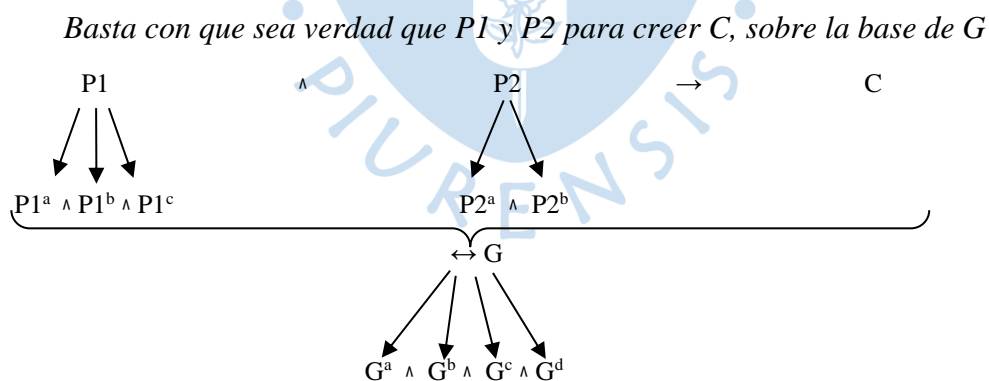
b) P2 es verdad si también son verdad:

- i) P2^a: P1 es verdad

- ii) $P2^b$: el juez determine bajo “su criterio” que con P1 se ha lesionado un derecho de la personalidad del demandante
- c) C será verdad si P1 y P2 también lo son, pero sobre la base de G. Entonces, G será verdad si:
- i) G^a : que está justificado en el caso concreto utilizar una regla de experiencia que facilite un razonamiento presuntivo
 - ii) G^b : la regla de experiencia que fundamenta G debe ser autosuficiente
 - iii) G^c : que quien fije la regla de experiencia que satisfaga G sea capaz cognoscitivamente de identificar una vinculación epistémica válida entre P1 y P2 con C
 - iv) G^d : la regla de experiencia que sostiene la vinculación epistémica entre P1 y P2 con C lo hace al menos con un alto grado de probabilidad

Entonces, asumiendo que todas estas premisas y subpremisas son ciertas, la línea inferencial del razonamiento presuntivo descrito previamente, junto con todos los presupuestos que implica cada elemento, queda graficada de la siguiente manera:

Figura 3 Gráfico inferencial del razonamiento presuntivo del pleno



Fuente: elaboración propia

Se trata de una línea de inferencias compleja. Por decir lo menos, puede afirmarse que, de plano, $P2^b$, siguiendo en estricto el razonamiento de la conclusión del Pleno, no se satisface. Ello es así porque, como se dijo, el Pleno no distingue si lo que causa la lesión al derecho de la personalidad es el despido o las situaciones conexas a este. La literalidad de la conclusión supondría asumir que es el despido contrario a ley el que afecta el derecho de la personalidad,

lo cual es errado, pues afecta el derecho al trabajo⁵⁸ y los efectos económicos de la pérdida intempestiva del mismo, los cuales ya se encuentran cubiertos por la indemnización tarifada de ley.

De otro lado, hay problemas con la garantía (G) en todos sus presupuestos. Primero, no se cumple con G^a porque para justificar un razonamiento presuntivo en la decisión es requerido que el resultado negativo (declarar infundada la pretensión del demandante) sea injusto. En estos casos, como se explicó en su oportunidad, el juez utiliza el razonamiento presuntivo (basado en su criterio, como una presunción *hominis*) para invertir el resultado del proceso en tanto este resulta injusto; ello, por su parte, puede ocurrir en algún supuesto en el que no se haya podido acreditar la pretensión del demandante por encontrarse en el poder del demandado la prueba más relevante a tal efecto.

En el ejemplo propuesto, es evidente que el demandado no ofrecerá dicho medio probatorio por no convenirle de cara al resultado del proceso, razón por la que el juez, para “balancear” la situación de las partes, invertirá la carga probatoria aplicando un razonamiento presuntivo. Sin embargo, en el caso del daño moral causado por un despido contrario a ley que afecte un derecho de la personalidad, no hay injusticia alguna por declarar infundada la demanda si no se cumple con la carga de probar lo que se alega.

Si el trabajador no prueba que sufrió es porque incumplió con su deber de aportar medios probatorios que justifiquen su pretensión, pues no hay nada que la parte contraria esté realizando que pese sobre el demandante que le impida probar: no está reteniendo medios probatorios, su posición de superioridad para probar el daño moral no obsta en ningún sentido, el trabajador mismo se encuentra más próximo al daño y le es más fácil generar medios probatorios para probarlo. Por ende, difícilmente podrá justificarse que se cumple con G^a.

Aparte de lo indicado, respecto de G^b y G^c, también hay ciertas dificultades. Ambos presupuestos de G se encuentran muy vinculados, pues uno implica que la regla de experiencia que justifique G sea autosuficiente (1) y la otra supone que quien brinde la regla de experiencia que satisfaga G sea capaz cognoscitivamente de identificar una vinculación epistémica válida entre P1 y P2 con C (2). Justamente la autosuficiencia de la regla de experiencia que se emplee

⁵⁸ Leysser León Hilario, *La Responsabilidad Civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, 3ª Ed. (Lima: Instituto Pacífico, 2017), 63-38.

para satisfacer G depende mucho de que quien la proponga sea capaz de identificar el sustento epistémico de G respecto de P1, P2 y C.

Lo cierto es que los jueces conocen los estados mentales partiendo siempre desde la empatía y no desde otros criterios más objetivos y contrastables intersubjetivamente.⁵⁹ Al respecto, puede decirse, simplificando bastante, que los jueces pueden conocer los estados mentales (como el sufrimiento emocional) de las siguientes formas:⁶⁰

a) Desde la tercera persona

El juez, desde una posición externa de observador, analiza a la parte cuyo estado mental quiere conocer (suponiendo que no hay mayores medios probatorios ofrecidos a tal efecto). Así, hay dos estrategias:

i) “Teoría de la teoría”

Supone realizar generalizaciones de “sentido común” respecto de la conducta externa que tiene el sujeto, el cual debería ser consistente con estados mentales internos. Así, desde la conducta de alguien puede “inferirse” su estado psicológico. Por ejemplo, podría decirse que si se observa agitación, hiperventilación y otros síntomas, podría decirse que quien los sufre está pasando por un cuadro ansioso.

ii) Estrategia de la racionalización

Supone presumir que las personas son racionales y que actúan bajo dicha racionalidad, asumiendo que los presupuestos lógicos de la persona analizada coinciden con los del analizador, la consistencia de las acciones del sujeto analizado, la veracidad de sus creencias y que el analizado se comporta lo más diligentemente posible según su juicio. Según ello, se podría hacer alguna atribución psicológica basada en esta interpretación racional de su conducta.

b) Desde la segunda persona

⁵⁹ Daniel González Lagier, “Filosofía de la mente y prueba de los estados mentales: una defensa de los criterios de “sentido común””, *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, N° 3 (2021): 75, <http://hdl.handle.net/10045/129484>.

⁶⁰ González, “Filosofía de la mente...”, 61-65.

Suponen que es posible interpretar estados psicológicos mutuamente a partir de la comunicación y la interacción entre los sujetos (juez y parte).

c) Desde la primera persona

Se parte del autoconocimiento (el juez, desde su calidad de persona, conoce sus propios estados mentales) y se atribuyen estados mentales al sujeto analizado (parte) a partir de la empatía: poniéndose en su lugar (1) o imaginándose que es él (2).

Sin perjuicio de que existen formas que parecen “más racionales” o controlables que el conocimiento por empatía, al final, se utilizan sistemas mixtos de interpretación de estados mentales. Se inicia con un conocimiento un poco menos meditado e intuitivo dado por la empatía, llegando a ciertas premisas que luego son “confirmadas” por un análisis un poco más lento y reflexivo, dado por la racionalización de las conductas y la generación de conclusiones basadas en inferencias de generalizaciones empíricas.

No obstante, lo dicho anteriormente aplicado a la materia de este trabajo, supondría que el juez cuente con algún medio probatorio que aporte datos sobre la conducta de la parte que alega haber sufrido emocionalmente, pues esta debería ser consistente con las emociones alegadas. Si ello no ocurre, entonces el juez no podrá siquiera confirmar las intuiciones que tendrá desde su empatía.

Por ejemplo, si se alegase que se sufrieron afectaciones emocionales traducidas en ansiedad con generación de ataques de pánico, la demostración de la ocurrencia de los mismos, incluidos sus síntomas (palpitaciones, sudoración, temblor, dificultad respiratoria, náuseas) podría coadyuvar eficientemente a la demostración de que verdaderamente se padecieron dichas afectaciones emocionales. De la misma forma, dentro de los síntomas de los cuadros ansiosos, podría acreditarse la existencia recurrente de fatiga, tensión muscular, problemas de sueño, entre otros.⁶¹

Entonces, si se requiere, por lo menos, constataciones sobre una conducta consistente con un estado emocional afectado, la sola regla de experiencia del juez no resulta autosuficiente como para satisfacer G^b. Y, de otro lado, siendo el sufrimiento un hecho de probanza no sencilla del todo, difícilmente siendo el juez un sujeto que, normalmente, no posee conocimiento técnico

⁶¹ Asociación Americana de Psiquiatría, *Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM 5*, (Arlington: Asociación Americana de Psiquiatría, 2013), 133 y ss.

alguno sobre psicología o psiquiatría (ciencias con conocimiento mucho más contrastable intersubjetivamente de las emociones y el sufrimiento), podrá cognoscitivamente ser capaz de fijar un criterio epistémico válido y medianamente objetivo que sustente una conexión entre P1 y P2 con C, razón por la que tampoco se satisface adecuadamente G^c.

Sobre G^d se profundizará más cuando se critique el argumento del Pleno vinculado al criterio de normalidad. Sin embargo, por ahora puede decirse que si no se cumple con G^b y con G^c, difícilmente G^d podría tener sentido. Asimismo, como se verá más adelante, existen varios argumentos que quiebran la necesidad y la suficiencia de la relación lógica entre P1 y P2 con C: cada persona tiene una predisposición emocional distinta, que implica que habrá quienes sufran y quienes no a partir de un despido (1); en cualquier caso, que no es posible medir con precisión si hay o no detrimento por ser desconocido y absolutamente variable el estado emocional previo a la lesión de un derecho de la personalidad (2); que no exista una concretización específica del perjuicio derivado de la lesión de un derecho de la personalidad y, por ende, que no corresponda indemnización alguna (3), entre otros.

Finalmente, sobre C, vale la pena verificar, como señala González Lagier,⁶² si: se han podido confirmar hipótesis derivadas de C (1), si se han eliminado otras hipótesis alternativas que confirmen C (2), si C es coherente (3) y, sobre todo si C es simple (4). Quitándole el análisis sobre la coherencia, pues implica más una cuestión narrativa, puede decirse:

- a) Sobre la confirmación de hipótesis derivadas de C: tal como se señaló previamente, las emociones o el sufrimiento proponen conductas consistentes en quien los padece. Por ende, si se constata que el demandante tuvo conductas consistentes racionalmente con el específico sufrimiento que alega, puede darse, a lo mejor, mayor fiabilidad a C. No obstante, difícilmente se presentarán medios probatorios que constaten la conducta sin que, a la par, se presenten medios probatorios que constaten el sufrimiento. Aparte, la constatación de la conducta consistente no es suficiente para tener por probado el sufrimiento.
- b) Sobre otras hipótesis que confirmen C: hay múltiples causas alternativas del sufrimiento igual de razonables que no son precisamente aquellas circunstancias conexas al despido contrario a ley que afecte un derecho de la personalidad. Como se precisó, el trabajador

⁶² A tal efecto, revisar los criterios de solidez de las conclusiones, referidos también líneas arriba siguiendo lo propuesto por González Lagier.

despedido puede estar pasando por múltiples situaciones (un divorcio, la pérdida de un hijo, un proceso penal con mal pronóstico, etc.) que sean los verdaderos detonantes del sufrimiento, las cuales el empleador no tiene por qué conocer.

- c) Sobre la simplicidad de C: como se ha podido evidenciar en el gráfico inferencial de la conclusión del Pleno, C requiere de muchísimos pasos inferenciales previos que requieren validez para dotar de racionalidad al razonamiento.⁶³ Probablemente una conclusión menos ambiciosa sería más plausible que la propuesta en el Pleno, ya que requeriría de la satisfacción de menos pasos inferenciales.

A manera de conclusión parcial, tras lo detallado puede afirmarse que el razonamiento presuntivo propuesto por el Pleno no satisface las exigencias a nivel inferencial, de manera que no se justifica, al menos desde esta perspectiva, su validez.

3.2. Críticas referidas a la inversión de la carga de la prueba que realiza el razonamiento presuntivo del Pleno

En primer lugar, conviene indicar que la legislación peruana, al menos desde el proceso civil y el proceso laboral,⁶⁴ asumen a la carga de la prueba según se expone a continuación. En primer lugar, el Código Procesal Civil establece lo siguiente:

Artículo 196° Carga de la prueba.

Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

Artículo 200° Improbanza de la pretensión

Si la parte no acredita con medios probatorios los hechos que ha afirmado en su demanda o reconvencción, estos no se tendrán por verdaderos y su demanda será declarada infundada.

⁶³ Taruffo, *La prueba de los hechos*, 424. Aquí, el autor hace referencia a que, dentro de los criterios del control racional sobre las pruebas, está el que las inferencias satisfagan suficientemente todos los pasos inferenciales previos a las hipótesis que sostienen como un aspecto mínimo.

⁶⁴ Es necesario hacer referencia al proceso laboral y a algunas de sus particularidades pues, si bien este proceso toma como referencia al proceso civil, establece algunas variantes y es, precisamente, el marco en el que se desarrolla la conclusión del Pleno criticada.

Como se aprecia, aquí se establecen las dimensiones subjetiva y objetiva de la carga de la prueba, respectivamente. Tomando como referencia estas normas del proceso civil, el proceso laboral ha dinamizado las reglas generales de la carga de la prueba a partir de las siguientes disposiciones de la Ley N° 29497, Ley Procesal del Trabajo:

Artículo 23° Carga de la prueba

23.1° La carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, sujetos a las siguientes reglas especiales de distribución de la carga probatoria, sin perjuicio de que por ley se dispongan otras adicionales.

23.2° Acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario.

23.3° Cuando corresponda, si el demandante invoca la calidad de trabajador o ex trabajador, tiene la carga de la prueba de:

- a) La existencia de la fuente normativa de los derechos alegados de origen distinto al constitucional o legal.
- b) El motivo de nulidad invocado y el acto de hostilidad padecido.
- c) La existencia del daño alegado.

23.4° De modo paralelo, cuando corresponda, incumbe al demandado que sea señalado como empleador la carga de la prueba de:

- a) El pago, el cumplimiento de las normas legales, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, su extinción o inexigibilidad.
- b) La existencia de un motivo razonable distinto al hecho lesivo alegado.
- c) El estado del vínculo laboral y la causa del despido.

23.5° En aquellos casos en que de la demanda y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado, el juez debe darlo por cierto, salvo que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar que

existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Los indicios pueden ser, entre otros, las circunstancias en las que sucedieron los hechos materia de la controversia y los antecedentes de la conducta de ambas partes.

Se puede evidenciar que el legislador, luego de tomar la regla general de la regulación civil (23.1°), ha creado una presunción respecto de la existencia del vínculo laboral (23.2°) y, además, ha señalado de manera previa qué hechos debe probar cada parte para cumplir con su carga probatoria asignada para los casos en los que se esté discutiendo la calidad de trabajador o extrabajador del demandante (23.3°, 23.4°). Sin perjuicio de ello, finalmente, ha conferido al juez laboral la facultad de tener por probados hechos lesivos alegados a partir de presunciones incorporadas a partir de la valoración de medios probatorios actuados y de la demanda (23.5°).

A los fines del presente trabajo, es de especial interés lo indicado en el citado numeral 23.5°. Básicamente, se trata de una autorización legal para que el juez, bajo su criterio, al momento de valorar la prueba, pueda tener por ciertos determinados hechos a partir de la utilización de presunciones *hominis*.

Esta habilitación no responde a las finalidades que, supuestamente, se buscan con la dinamización de la carga probatoria. Por más de que se le otorgue al juez la posibilidad de invertir el resultado probatorio al final del proceso, ello no favorece ni a la maximización del peso probatorio ni a facilidad probatoria sostenida en el deber de colaboración procesal.

Bajo esta disposición, el juez tiene la posibilidad de invertir la carga probatoria al final del proceso, lo que se traduce en tres consecuencias: primero, se tiene por probado un hecho respecto del cual no ha habido actuación probatoria específica; segundo, se tiene por probado un hecho que hace perder el proceso en este extremo al perjudicado con la aplicación de la presunción, sin haber mediado contradictorio; y tercero, el hecho que se tiene por probado, según la disposición, es el hecho lesivo,⁶⁵ no el daño reparable.

⁶⁵ Desde una interpretación literal de la norma, puede afirmarse que lo que se presume es el hecho lesivo y, según se indica, como las defensas posibles del demandado contra la presunción son respecto de la justificación y proporcionalidad de “las medidas adoptadas”, es claro que la norma hace referencia a las sanciones, como el despido. Entonces, se presumiría, a modo de ejemplo, que el despido no estuvo debidamente justificado o que no era proporcional, lo que, en el caso concreto, implicaría declarar que el despido fue contrario a derecho, junto con las demás consecuencias que de ello se deriven.

Con estas consideraciones claras, puede afirmarse que, con matices, la conclusión del Pleno ha buscado hacer algo similar con el razonamiento presuntivo propuesto, extendiendo las facultades judiciales a la existencia de daños reparables, específicamente al daño moral. Sobre el particular, cabe realizar algunas críticas vinculadas a la finalidad de la dinamización de la carga probatoria, para las cuales se tomará como base el breve desarrollo teórico de la sección anterior.

De un lado, la idea de motivar a las partes a la aportación del material probatorio relevante para el esclarecimiento de los principales hechos controvertidos del proceso funciona únicamente cuando estas conocen, previo a los actos postulatorios, que la regla de juicio les jugará desfavorablemente. Es evidente que si las partes ingresan al proceso, luego transcurren todas las etapas procesales y recién en la sentencia se enteran de que el juez cambió la regla de juicio y asignó cargas probatorias diferentes mediante la aplicación de una presunción, no hay incentivo alguno: las partes han actuado dentro del proceso tal y como si nunca se hubiesen modificado las cargas probatorias ni la regla de juicio, bajo todos los desincentivos que tenían para no aportar pruebas que les perjudiquen, aunque fuesen útiles para el esclarecimiento de los hechos controvertidos.⁶⁶

Lo señalado, aplicado a la conclusión del Pleno criticada, permite arribar a conclusiones similares. La carga de la prueba fue dinamizada para cubrir la dificultad probatoria que existe respecto del daño moral como hecho mental, considerando la posición de inferioridad económica e informativa en la que regularmente se encuentran los trabajadores en comparación con los empleadores.

No obstante, aplicando la presunción e invirtiendo las cargas probatorias en la sentencia no se motiva al empleador en ningún momento a esclarecer de alguna forma la existencia o la inexistencia del daño moral aportando medios probatorios relevantes: el empleador entrará al proceso y se defenderá según las reglas básicas de carga probatoria según las que cada parte debe probar lo que alega⁶⁷ y, por consiguiente, tampoco se obtiene un acervo probatorio

⁶⁶ Sobre el particular, Ferrer señala que, para evitar la deslealtad probatoria, que ocurre con el incumplimiento del deber de colaboración procesal, “[...] el juez podrá invertir la carga de la prueba, estableciendo incentivos para la parte que dispone de los elementos de juicio relevantes los aporte al proceso”. Sin embargo, afirma que esta inversión, como se explica en el texto principal, ocurre muchas veces en la sentencia y, por tanto, no se cumpliría con “incentivar” a las partes a colaborar efectivamente en favor del peso probatorio sobre el que el juez decidirá. Ferrer, “La carga dinámica de la prueba...”, 66-67.

⁶⁷ Al respecto, es posible argumentar en contra que los abogados defensores ya deberían tomar en cuenta la posibilidad de que los jueces establezcan presunciones y, por tanto, que las consecuencias de ello ya no son imprevistas por las partes. Para responder ello, siguiendo a Ferrer, basta con señalar que “[...] el hecho de que sea

suficiente como para que el juez tome la mejor decisión posible. Además, pese a no haber incentivado al empleador a aportar pruebas relevantes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, se castiga el no haberlo hecho con un resultado procesal desfavorable o, cuando menos, considerando que ello denota una conducta que sirve de indicio para juzgar en su contra.

Esto es cuestionable, no sólo porque hay distintas razones para no aportar determinado medio probatorio (por ejemplo, podría revelar otras irregularidades que se estén discutiendo en un proceso diferente⁶⁸), sino porque “[...] por más que el juez adelante la ruptura de las reglas de *onus probandi*, la consecuencia inexorable es que las teorías del caso se verán afectadas, cuando no, hechas añicos. Por la sencilla razón de que la modificación en la incumbencia probatoria nunca pudo ser prevista al momento de recabar las fuentes de prueba. Por lo tanto, muchas de ellas serán de imposible o muy dificultosa recaudación, representando una ventaja a aquel que tenía la carga según las reglas preestablecidas [...]”.⁶⁹

Por lo dicho, se concibe a dinamizaciones de la carga probatoria como esta ya no sólo como una expresión de la facilidad probatoria, sino como un total relevo de prueba al demandante: el demandado es ahora quien debe demostrar que el hecho constitutivo de la pretensión del demandante no existe, bastando ahora con que el demandante alegue lo que afirma, lo cual es irrazonable y no podría justificar ninguna materialización del principio de igualdad de partes.⁷⁰

A razón de lo señalado, siguiendo a Giannini, desde esta investigación se considera que lo razonable es que se busque únicamente incentivar a las partes a colaborar activamente con el peso probatorio: quienes estén en la mejor posición para probar deberán aportar la información que corresponda, siendo posible extraer indicios en caso no lo hicieran.

Incluso, la fuerza de dichos indicios podría ser medida según el grado de desigualdad de las partes en relación a la posibilidad de aportar la información relevante; además, dichos indicios no deben ser pasibles de hacerle perder el proceso automáticamente a la parte que

conocido que un juez puede adoptar medidas arbitrarias [...] no implica que esas medidas dejen de ser arbitrarias y no afecten la seguridad jurídica”. Así, el hecho de que sea conocida la posibilidad de que los jueces pueden establecer presunciones *hominis*, incluso carentes de debida fundamentación, no obsta a que estas sean contraepistémicas e injustas; la idea es que los demandados se defiendan en el marco de una aplicación razonable del derecho. Ver Ferrer, “La carga dinámica de la prueba...”, 68.

⁶⁸ El ejemplo tomado de Ferrer, “La carga dinámica de la prueba...”, 68.

⁶⁹ Gustavo Calvino y Carlos Manuel Valdivia Rodríguez, “Repensando la “carga dinámica de la prueba”: su aplicación jurisprudencial y su propuesta normativa en el Perú”, *Actualidad Civil*, N° 72 (2020): 209.

⁷⁰ Jordi Nieva Fenoll, “La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida”, en *Contra la carga de la prueba*, Jordi Nieva Fenoll *et al.* (Madrid: Marcial Pons, 2019), 45 y ss.

incumple el deber de colaboración, pues será necesario valorarlos conjuntamente con el resto del material probatorio disponible. Todo ello sobre la base de que dichas consecuencias negativas derivadas de la no colaboración deben ser expresas y conocidas por las partes con anterioridad a los actos postulatorios.^{71 72}

Finalmente, si se aplica lo dicho a la conclusión del Pleno, es evidente que no se ha tomado en cuenta qué parte es más capaz de demostrar el sufrimiento del demandante. Resulta claro que, tratándose del sufrimiento propio del demandante, él es el más próximo al mismo y, por lo tanto, el que tiene mayores facilidades de acceder y aportar al proceso la información al respecto (es más, el demandante es el único que sabe de antemano que su sufrimiento existe). Tanto para el demandante como para el demandado resulta difícil y caro probar un hecho mental tan subjetivo como lo es el sufrimiento emocional, por ende, no se justifica que dicha dificultad recaiga o pese exclusivamente sobre las espaldas del demandado, máxime si probar en contra luego le resulta prácticamente imposible.⁷³

Por lo dicho, desde esta investigación se considera que la aplicación regular de las reglas sobre carga de la prueba (sin dinamización alguna) es la que debería primar: debe exigirse a cada parte el cumplimiento del deber probar las alegaciones de hecho que realice, según sus intereses. En específico, el daño moral debe ser probado por el demandante si pretende un

⁷¹ Leandro Giannini, “Revisitando la doctrina de la “carga dinámica de la prueba”. Aportes para esclarecer sus principales problemas conceptuales”, en *Contra la carga de la prueba*. Jordi Nieva Fenoll et al. (Madrid: Marcial Pons, 2019), 110 y ss.

⁷² Con conclusiones y presupuestos similares, aunque respecto del derecho procesal del consumo chileno, Álvaro Pérez Ragoné y Pablo Roberto Toledo, “Flexibilidad probatoria y dilemas en el nuevo derecho procesal del consumo chileno”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, N° 54 (2020): 97 y ss., <http://dx.doi.org/10.14482/dere.54.345>.

⁷³ Al respecto, puede verse también que desde la doctrina brasileña, se concibe una prohibición de que la redistribución de la carga suponga una prueba diabólica: “[...] *a redistribuição não pode implicar uma situação que torne impossível ou excessivamente oneroso à parte arcar com o encargo que acabou de receber*”, ello en Alexandra Lopes de Araújo y Diogo Severino Ramos da Silva, “*Relativização do ônus da prova conforme o Código de Processo Civil 2015*”, *Derecho y Cambio Social*, N° 55 (2019): 577, <https://www.derechoycambiosocial.com/anexos/ANTERIORES.htm>. Para el caso peruano, específicamente en el contexto del proceso laboral (aunque respecto de cargas probatorias dinamizadas por la ley), Priori y Pérez-Prieto han señalado:

[...] existe un límite natural, a las inversiones a las cargas probatorias impuestas por la ley: la asunción de una carga probatoria, no puede dejar a una parte en indefensión, ello en concordancia con lo dispuesto por el artículo 139 inciso 14 de la Constitución. Si a una persona se le designa como aquel llamado a probar un hecho determinado y aquel hecho es imposible de ser probado por la parte llamada a probarlo, entonces estaremos ante un supuesto de indefensión; y, por ende, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 138 de la Constitución, el Juez debe inaplicar en el caso concreto esa regla.

Para profundizar a mayor detalle respecto del contexto procesal laboral peruano y cómo funciona la carga probatoria en él, revisar Giovanni Priori Posada y Roberto Pérez-Prieto de las Casas, “La carga de la prueba en el proceso laboral”, *Revista IUS ET VERITAS*, N° 45 (2012): 337 y ss., <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12007>.

resarcimiento bajo dicho título, siendo inadecuado con las garantías del demandado que pese sobre él la dificultad probatoria del demandante.

3.3. Críticas a la máxima de experiencia que sostiene el razonamiento presuntivo del Pleno

Lo primero que debe hacerse es identificar qué tipo de generalización sostiene la máxima de experiencia en cuestión (o, que es lo mismo, la garantía G descrita líneas arriba). La máxima propuesta es: *los despidos ilegales que afectan derechos de la personalidad causan daño moral*. Siguiendo lo planteado previamente, esta construcción de máxima de experiencia se condice con aquellas basadas en generalizaciones incompletas espurias.

Expresa un “juicio de normalidad” entre el antecedente y el consecuente, sin embargo, la conexión entre ambos no presenta mayor estudio que permita conocer su grado de asociación. No hay evidencia alguna de que exista un margen de error determinado y, mucho menos, de una suficiencia cognitiva aceptable.

Siguiendo con el análisis, corresponde contrastar cada uno de los criterios de racionalidad propuestos para la aplicación de esta generalización al caso concreto.

Respecto del primer criterio, que supone emplear máximas generales para realizar inferencias ciertas y máximas descriptivas para sostener inferencias cognoscitivas, puede verificarse que la máxima analizada propone que es cierto, al menos con un alto grado de probabilidad, que los despidos ilegales que afectan derechos de la personalidad causan daño moral. Se trata de una “regla” expresada en términos generales, sin embargo, está basada en una generalización no general.

Por tanto, la máxima del Pleno no cumple con este primer requisito, debido a que propone una certeza (o al menos una probabilidad alta) sosteniéndose en una generalización incompleta espuria, la cual no valida un grado de asociación aceptable entre el antecedente “*los despidos ilegales que afectan derechos de la personalidad*” y el consecuente “*causan daño moral*”.

Respecto del segundo criterio, que implica no emplear máximas de experiencia basadas en generalizaciones espurias o radicalmente espurias, se verifica de forma evidente que la máxima seleccionada por los jueces para fundar la conclusión del Pleno no cumple con este criterio.

Respecto del tercer criterio, que implica no emplear máximas falseadas aún en un único caso, bastante ya se dijo respecto de la no necesidad de la vinculación entre el antecedente y el consecuente. Para ello ya han sido esbozados algunos argumentos: cada persona tiene una predisposición emocional distinta, que implica que habrá quienes sufran y quienes no a partir de un despido (1); en cualquier caso, que no es posible medir con precisión si hay o no detrimento por ser desconocido y absolutamente variable el estado emocional previo a la lesión de un derecho de la personalidad (2); es perfectamente posible que no exista una concretización específica del perjuicio derivado de la lesión de un derecho de la personalidad y, por ende, que no corresponda indemnización alguna (3). Por tanto, tampoco se cumple con el tercer criterio.

Finalmente, respecto del cuarto criterio, que implica no emplear máximas de experiencia *ad hoc*, no es aplicable a la máxima propuesta por el Pleno para sustentar la conclusión de que los daños morales se presumen ante despidos contrarios a ley que afecten derechos de la personalidad, pues no se ha buscado construir para el caso concreto alguna generalización; por el contrario, proviene de una decisión no vinculante medianamente general (se trata de un Pleno jurisdiccional superior).

Sin perjuicio de lo señalado hasta el momento, conviene incorporar, siguiendo a Muffato, un par de consideraciones adicionales que resultan muy adecuadas para este análisis. La primera está vinculada al favorecimiento del contradictorio antes de preferir asumir el uso de una máxima de experiencia. Así, “Aunque haya buenas razones para autorizar el juez a asumir *ex officio* MdE no alegadas por las partes, parecería mejor una solución que favoreciera la emersión de las máximas no alegadas (ni presupuestas) por las partes durante el contradictorio”.⁷⁴

La máxima en cuestión es inconciliable con esta consideración. Ha sido específicamente creada para ser aplicada discrecionalmente por los jueces al momento de la valoración de la prueba para determinar los hechos que darán por probados y sobre los que aplicarán las consecuencias jurídicas correspondientes. La solución al problema probatorio del daño moral, por tanto, debe ser buscada en herramientas que no limiten las posibilidades de defensa y contradicción de las partes del proceso, razón por la que una conclusión como la propuesta en el Pleno no es idónea.

⁷⁴ Muffato, “Michele Taruffo sobre las máximas...”, 33.

La segunda está vinculada con la motivación requerida tras el uso de una máxima de experiencia. Es necesario que el juez, de manera explícita, justifique en la sentencia el uso de una generalización, defendiendo su fiabilidad e idoneidad respecto del hecho que ha tenido por probado a razón del uso de dicha generalización. Así, será posible un verdadero control desde las partes afectadas por la decisión y desde cualquier tribunal revisor.⁷⁵

Lamentablemente, tras la revisión de la práctica judicial analizada en el primer capítulo de este trabajo, no hay mayor explicación en las decisiones de por qué de un despido contrario a ley que afecte un derecho de la personalidad se deriva la generación de daños morales: usualmente los jueces se limitan a presumir los daños apelando a que cualquier persona despedida ilegalmente sufre (que de los hechos base puede presumirse la existencia del daño) o simplemente afirman de manera gratuita que la sola afectación de derechos de la personalidad merece una indemnización por daños morales (que la lesión a los derechos de la personalidad es indemnizable en sí misma).

Para concluir la presente sección, como es posible apreciar, la “máxima de experiencia”⁷⁶ que sustentaría la garantía G en el razonamiento presuntivo que fundamenta la conclusión del Pleno es inaplicable al no cumplir los criterios mínimos de racionalidad expuestos.

Hasta aquí las críticas al razonamiento presuntivo del Pleno, la cual, por lo pronto, no ha abordado los aspectos de fondo que implica presumir el daño moral en los casos de despidos contrarios a ley que lesionen derechos de la personalidad.

A razón de lo último, en lo sucesivo se analizará el fondo de la argumentación propuesta por el Pleno para sostener la presunción antes criticada. Para ello es necesario destacar que sólo desde este análisis queda aún muy poco claro desde el Pleno qué es lo que se debe entender por daño moral y si el modelo elegido para presumirlo (entenderlo *in re ipsa*) es adecuado y

⁷⁵ Muffato, “Michele Taruffo sobre las máximas...”, 33-34. Aunque, como se sostuvo antes, el ideal es que el demandado no tenga que defenderse vía recursos, sino que pueda hacerlo desde la contestación de la demanda.

⁷⁶ Ni siquiera debería llamársele máxima de experiencia, si se es estricto. Así, Taruffo ya señalaba; “El problema nace, sin embargo, del hecho que en el uso corriente de la expresión “máxima de experiencia” se emplea de manera muy general y con un significado no preciso y más bien muy ambiguo, de forma que se incluye una cantidad de enunciaciones expresadas en forma de regla, pero que carecen de fundamento general o cuasi-general. Muchas de las nociones que se afirman o presentan como fundadas en la experiencia, de hecho, corresponden en realidad a generalizaciones espurias, o sea a enunciaciones formuladas en términos generales, pero que en realidad están privadas de cualquier confirmación científica o empírica”. Traducción libre de Taruffo, “*Considerazioni sulle massime d’esperienza*”, 557.

justificado. Por ello, en el capítulo siguiente se realizará lo siguiente, en orden a cuestionar el fondo detrás del razonamiento presuntivo del Pleno.



Capítulo II: críticas de fondo a la presunción de daños morales del Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral 2019 Tacna

1. Consideraciones previas

Para poder iniciar a estudiar y analizar las consideraciones de fondo del Pleno, es necesario caer en la cuenta de que su propuesta de presumir los daños morales a razón de despidos contrarios a ley que lesionen derechos de la personalidad tiene un trasfondo particular. El marco sobre el que opera dicho razonamiento presuntivo es el de una relación laboral, sostenida, a su vez, por un contrato de trabajo.

Ello quiere decir que el daño moral que se presume, como se tratará posteriormente, devendrá directamente de la inejecución de deberes y/u obligaciones directamente derivados del contrato de trabajo que vincula al empleador (demandado) con el trabajador (demandante). Por consiguiente, serán aplicables las disposiciones y normas pertenecientes al régimen de la responsabilidad contractual.

Sin perjuicio de lo anterior, antes de verificar cómo es que el daño moral se manifiesta a partir de la inejecución de deberes y/u obligaciones, es necesario delimitar cuál es el concepto de daño moral. Como se adelantó, la necesidad de delimitación de la voz “daño moral” no ha sido debidamente atendida por el razonamiento presuntivo del Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral 2019, pues, como se aprecia en la conclusión previamente citada, utiliza de forma muy indistinta e imprecisa las voces de daño no patrimonial “daño moral”, “daño a la persona” y “otros similares”.⁷⁷

No queda claro, entonces, cuál es la naturaleza del hecho que se está presumiendo a partir del razonamiento presuntivo ofrecido: el contenido del daño moral como voz de daño ha sido ampliamente discutido en la doctrina y en la jurisprudencia nacional e internacional, lo cual ha generado un contexto donde coexisten multiplicidad de criterios y posturas al respecto.

⁷⁷ Dice textualmente: “[...] el daño extrapatrimonial invocado a título de daño moral, que comprende además al daño a la persona y otros similares [...]”. Muy aparte de ello, como se apreciará cuando se haga referencia a la fundamentación del Pleno, más allá de una mezcla de criterios jurisprudenciales variados y no uniformes, la recopilación de doctrina adjunta a las conclusiones del Pleno tampoco ofrece una concepción precisa de “daño moral”. Por si ello no fuera suficiente, el Pleno mismo no ha ofrecido ninguna construcción argumentativa que, basada en las fuentes que adjunta, justifique ninguna de las conclusiones a las que arribó en Tacna en el 2019.

Es en atención a esta contextualización que, desde este trabajo, se defenderá que el daño moral, para el sistema jurídico peruano, se traduce al *pretium doloris*: se trata de afectaciones emocionales o anímicas, que impactan al damnificado en la esfera de sus sentimientos, pero de manera pasajera o transitoria, sin llegar a ser patológico.

Para llegar a ello, se iniciará indagando sucintamente en las fuentes de la idea de “daño” sobre las que se basa el ordenamiento jurídico peruano, para lo cual se analizarán los vigentes códigos civiles francés e italiano, específicamente desde sus disposiciones referidas a la responsabilidad contractual.

Luego se analizará la idea de daño peruana, para proceder a construir, desde la doctrina y la jurisprudencia peruanas, un concepto de “daño moral”. Así, podrá comprenderse qué es lo que el Pleno está presumiendo a partir del razonamiento presuntivo que propone.

Después de que se esclarezca el concepto de daño moral, será necesario analizar cómo es que el Pleno ha entendido a los daños morales para presumirlos. En este particular caso, los jueces que conformaron el Pleno han elegido entender que los daños morales son *in re ipsa* en los casos de despidos contrarios a ley que lesionen derechos de la personalidad. Esta elección, no obstante, no está libre de críticas, las que se propondrán posteriormente.

Para finalizar las críticas de fondo, será necesario indagar en las motivaciones del Pleno para el establecimiento del razonamiento presuntivo por el que se presumen los daños morales en los casos ya mencionados. Como se apreciará, de la revisión de la documentación doctrinal y jurisprudencial adjunta a las conclusiones del Pleno se extraerán las líneas argumentativas principales que justificarían el razonamiento presuntivo. Tras lo indicado, se procederá a refutar tales líneas de argumentación, para luego, en el último capítulo de este trabajo, proponer argumentos que fundamenten la exigencia de la probanza del daño moral en los casos de despidos contrarios a ley que lesionen derechos de la personalidad.

2. Aproximación a la institución del “daño moral” en el sistema jurídico peruano

2.1. Orígenes e influencias normativas

La categoría “daño moral” ha sido objeto de estudio en el ámbito jurídico nacional por varias décadas, incluso anteriores a la promulgación del más reciente Código Civil (1984). No obstante, previamente, para entender la complejidad de la figura señalada, es necesario conocer

qué se entiende por “daño”⁷⁸ en el contexto jurídico peruano, al menos desde el más reciente texto común y luego realizar una aproximación a la idea de “moral” como calificativo (categoría) del daño. A efectos de lo señalado, es preciso recurrir a las fuentes del Código Civil peruano, en orden a determinar qué corrientes jurídicas influenciaron a la actual concepción de “daño”.

La idea de “daño”, según los orígenes de la codificación peruana, ha recibido influencias del derecho francés, específicamente del Código de Napoleón,⁷⁹ con la configuración sin restricciones del elenco de intereses jurídicamente tutelados. Posteriormente, respecto del actual Código Civil de 1984, la influencia del Código Civil italiano,⁸⁰ ha afectado la categoría de “daño”, sumando algunas voces de daño al derecho peruano y añadiendo criterios, respecto de la responsabilidad extracontractual, en la imputación del daño a un sujeto determinado.

Sobre el particular, estas dos corrientes jurídicas encuentran ciertas distinciones respecto de lo que entienden por “daño”. Por ello, resulta conveniente realizar una breve diferenciación entre ellas, para luego determinar su impacto en la normativa actual del vigente Código Civil. Finalmente, con lo anterior construir, junto con lo desarrollado por la doctrina y jurisprudencia nacional, un acercamiento adecuado al concepto peruano de daño.

2.1.1. El daño en el derecho francés

El derecho francés optó por una noción amplia de daño: no estableció mayor requerimiento para el resarcimiento del daño que la verificación de un daño (o *dommage*) cierto,

⁷⁸ Dentro de un esquema de responsabilidad civil tradicional, los individuos interactúan entre sí en ejercicio de su libertad y bajo condiciones de igualdad. Por ello, en principio, ninguna persona está a cargo de otra de forma obligatoria, de manera que nadie puede usar excesivamente su libertad en perjuicio de la de otro, razón por la que existe un deber de no dañar a otros (*neminem laedere*). Este uso excesivo de la libertad (que perjudica la de otros) es conocido como interferencia y, normalmente, es el Estado quien presta asistencia para que la víctima de estas interferencias no permitidas pueda pretender un resarcimiento de quien la causó. Ello es así porque estas interferencias causan daños (patrimoniales o extrapatrimoniales), que justifican que el Estado disponga de una serie de remedios jurídicos que obliguen a quien causó el daño (generándole un deber de reparar) a hacer lo necesario para que la víctima y su esfera jurídica vuelvan al estado anterior a la vulneración de su libertad. Estas ideas han sido esgrimidas siguiendo a Diego Papayannis, “El valor intrínseco de la responsabilidad civil”, *Anuario de filosofía del derecho*, N° 34 (2018): 120-139.

⁷⁹ César Luna Victoria León, “Código civil de 1852: lo nacional y lo importado”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, N°42 (1988): 96, <https://doi.org/10.18800/derechopucp.198801.003>.

⁸⁰ Atilio Aníbal Alterini y Carlos Soto, “El proceso de codificación del Derecho privado en Perú y Argentina”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, N° 53 (2000): 515, <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200001.014>.

personal y directo,⁸¹ ello sin hacer referencia a algún perjuicio (o *préjudice*).⁸² Ello es verificable en el artículo 1240° del vigente Código Civil francés, que establece:

Article 1240°

Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

Esta visión de los daños es global: implica que cualquiera sea el acto que cause daños con culpa obliga la reparación a quien los causó. Así, se permite al damnificado contar con un elenco de daños indemnizables aparentemente sin límites, pues solo debe demostrar que sufrió algún detrimento causado por otro para que se encuentre habilitado a demandar,⁸³ aunque, deberá probar que el responsable del daño lo causó dolosa o, al menos, culposamente, tal como indica el artículo 1241° del *Code*:

Article 1241°

Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

De esta forma, si el perjuicio no obsta, según la ley, para la indemnizabilidad de daños (pues el citado artículo hace mención expresa a causar “daño”), pareciera que hablar de daño o de perjuicio resulta indistinto. No obstante, tanto el concepto de *dommage* como el de *préjudice*, en la actualidad, han sido diferenciados por la doctrina y por diversas iniciativas francesas⁸⁴ que han buscado una racionalización de los daños resarcibles en Francia (ya que la amplitud del artículo 1240° del *Code* permitía un sinfín de daños indemnizables): se debe entender que

⁸¹ Aunque estos criterios adicionales al *dommage* provengan de máximas jurisprudenciales con la intención de limitar, en la medida de lo posible, el espectro de daños indemnizables.

⁸² Pietro Sirena, “Il concetto di «danno» nella disciplina italiana e francese della responsabilità civile”, *Rassegna di diritto civile*, N° 2, (2019): 545, <https://www.edizioniesi.it/e-shop/estratti-pdf/rassegna-di-diritto-civile/rassegna-di-diritto-civile-2019/rassegna-di-diritto-civile-2-2019/il-concetto-di-danno-nella-disciplina-italiana-e-francese-della-responsabilit%C3%A0-civile.html>.

⁸³ Milagros Koteich Khatib, “La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés”, *Revista de Derecho Privado*, N° 18 (2010): 163, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/406>.

⁸⁴ Entre estos esfuerzos: el Informe *Lambert-Faivre*, el Informe *Dintilhac* y el Anteproyecto de reforma del *Code civil*. Asimismo, según Gastón Fernández Cruz, también habría sido de gran aporte la Corte de Casación francesa, precisamente para superar la diferenciación según la que el daño era la pérdida sufrida (daño emergente) y el perjuicio era el beneficio perdido (lucro cesante), situación en la que, de hecho, los daños no patrimoniales no figuraban (se estaba, antes de superar estas diferenciaciones, en una situación en la que el patrimonio era el eje central del derecho y sobre el que giraba toda la regulación). Ver Gastón Fernández Cruz, *El daño no patrimonial y el daño moral (dos ensayos)* (Lima: ARA Editores, 2023), 21-22.

el *dommage* es el hecho objetivo (que no forma parte del derecho) y que el *préjudice* es la lesión de derechos subjetivos patrimoniales o extrapatrimoniales,⁸⁵ de manera que el daño no sería resarcible por sí mismo, sino que solo lo será siempre que vaya acompañado de un perjuicio.⁸⁶

87

De otro lado, más allá de que el *daño indemnizable* se construya a partir de las categorías *dommage* y *préjudice*, la clasificación de voces de daño indemnizable en el ordenamiento francés dividió inicialmente entre daños materiales y daños morales; luego, con el desarrollo del concepto del daño corporal o *dommage corporel*, la clasificación pasó a dividir, de un lado, a los daños corporales y materiales, y de otro, a los daños económicos y morales.⁸⁸

Ahora bien, lo expuesto ha esbozado el contexto normativo detrás del daño, pero desde la óptica un poco más general de la responsabilidad extracontractual. A efectos de lo indicado en las consideraciones preliminares de esta sección, es menester analizar también aquellas particularidades propias de la responsabilidad contractual por la inejecución de las obligaciones.

La inejecución de los contratos y su régimen dentro del Código Civil francés están regulados en los artículos 1217° al 1231-7°. A los efectos de esta investigación, son importantes las reglas generales de inejecución de obligaciones, iniciando por el artículo 1217°, el cual señala que la parte contractual que se haya visto perjudicada con el incumplimiento de una obligación del contrato o con el cumplimiento imperfecto de la misma, puede, entre otras cosas, reclamar una indemnización por las consecuencias que se deriven del incumplimiento:

Article 1217°

⁸⁵ Koteich, “La indemnización del perjuicio extrapatrimonial...”, 166-167.

⁸⁶ Sirena, “*Il concetto di «danno» ...*”, 545-546.

⁸⁷ Pese a lo señalado, estos conceptos han sido tomados muchas veces como sinónimos, lo cual ha generado problemas a nivel indemnizatorio. La función de la responsabilidad civil consiste en la reparación de una pérdida patrimonial o extrapatrimonial en la que el daño resarcible solo alcanza hasta el perjuicio efectivo sufrido por el dañado, entonces, bajo esa lógica, solo es resarcible el perjuicio o *préjudice*, dejando de lado al *dommage*. Sin embargo, existen posturas que están en contra de la distinción entre *dommage* y *préjudice*, pues sostienen: (1) que cuando hay afectaciones a derechos de la personalidad, el daño por sí mismo (lesión/*dommage*) merece una reparación al menos satisfactoria, porque lesionar un derecho de la personalidad generaría, necesariamente un perjuicio, ello bajo una interpretación del artículo 9° del *Code* realizada por Tristan Azzi, “*Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs*”, *RTD Civ.* (2010): 227, referenciado en Koteich, “La indemnización del perjuicio extrapatrimonial...”, 168-169; y (2) que la lesión a los derechos de la personalidad es, de alguna forma, independiente a los postulados tradicionales de la responsabilidad civil, permitiendo reparaciones *in re ipsa* o por la sola lesión del derecho, según lo propuesto por Geneviève Viney, “*L’appréciation du préjudice*”, *LPA* N° 99 (2005): 89, referenciado en Koteich, “La indemnización del perjuicio extrapatrimonial...”, 168.

⁸⁸ Fernández, *El daño no patrimonial y el daño moral...*, 23.

La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut:

- *refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation;*
- *poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation;*
- *obtenir une réduction du prix;*
- *provoquer la résolution du contrat;*
- *demander réparation des conséquences de l'inexécution.*

Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter.

El referido artículo se vincula directamente con el posterior y más específico artículo 1231-1º, que se encuentra en la sección referida a la reparación del perjuicio resultante de la ejecución del contrato. Este último artículo indica que el deudor será condenado al pago de daños y perjuicios por el incumplimiento de la obligación o por el cumplimiento tardío, salvo que pruebe que no pudo cumplir por fuerza mayor:

Article 1231-1º

Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure.

Así, continuando con la regulación, se fija en el artículo 1231-3º⁸⁹ ciertas particularidades sobre la responsabilidad, pues señala que el deudor sólo será responsable de los *daños previstos o previsibles al momento de la celebración del contrato, a menos que el incumplimiento se deba a negligencia grave o dolo*. En la misma línea, finalmente, el artículo 1231-4º⁹⁰ añade que pese a que el incumplimiento sea por negligencia grave o dolo, *los daños solo serán aquellos que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento*.

⁸⁹ *Article 1231-3º*

Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive.

⁹⁰ *Article 1231-4º*

Finalmente, y en línea con esta investigación, es importante incidir brevemente en los perjuicios extrapatrimoniales. Se entiende desde la doctrina que la persona, como realidad compleja, tiene una doble dimensión: una dimensión económica y otra afectiva.⁹¹ Ambas operan al mismo tiempo en la persona y coexisten, generando una serie de intereses tutelables. Así, los daños podrían producir afectaciones económicas (por ejemplo, una incapacidad temporal que impide trabajar y percibir ingresos), pero evidentemente también afectivas (sufrimientos a partir de dicha incapacidad, como angustia, tristeza, etcétera).⁹²

De esta manera, para el derecho de daños francés, tras haberse producido el *dommage*, se alcanza un momento conocido como “consolidación”, en el que las lesiones (corpóreas o psíquicas) se fijan y adquieren un carácter “permanente” o, más bien, estable, de modo que el damnificado puede tomar conciencia plena sobre su lesión, debiendo ser estas reconocidas judicialmente como *pretium doloris* para su reparación.⁹³ Es así que se entiende la indemnizabilidad del “daño moral”, a partir de la posibilidad de afectar el fuero interno de la persona. Ya luego el juez, determinará “el precio” que corresponde por el dolor de quien sufre.

De esta forma, por ejemplo, en el caso de un accidente de tránsito en el que se atropella a una persona y, producto del accidente, se fractura ambas piernas, el *dommage*, en principio, será la lesión de los derechos a la integridad psicofísica de la persona, con independencia del *préjudice*, que será el efectivo perjuicio sufrido por esta.

En este ejemplo, la víctima puede haber quedado inconsciente por algunas horas y, al recobrar la conciencia (consolidación), notar que el accidente no sólo le impedirá trabajar (daño

Dans le cas même où l'inexécution du contrat résulte d'une faute lourde ou dolosive, les dommages et intérêts ne comprennent que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution.

⁹¹ Desde otros enfoques igualmente válidos, podría decirse que la persona tiene hasta cuatro espectros, los cuales no consideran a la “patrimonialidad” y a la “no patrimonialidad” como criterio clasificador. La persona interactúa libremente y, en esa interacción libre, es capaz de causar daños, cuyas consecuencias han sido reguladas por el derecho, que les atribuye una situación jurídica subjetiva determinada, en forma de derecho o deber. Por su parte, el derecho ha creado remedios normativos a estas interferencias dañosas, precisamente porque detrás hay intereses relevantes cuya protección le interesa al derecho. Estos intereses están determinados por necesidades humanas propias de la persona, las cuales necesitan ser satisfechas en la mayor plenitud posible en orden a que la persona se desarrolle integralmente dentro de una sociedad. Es por eso que es razonable pensar en que la persona posee una dimensión material y otra espiritual, junto a una dimensión individual contrapuesta a una dimensión social. Estas ideas han sido tomadas de Carlos Fernández Sessarego, “¿Qué es ser «persona» para el Derecho?”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, N° 54 (2001): 312-313, <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200101.011>; y de Luis Castillo Córdova, “Los Derechos Humanos: la persona como inicio y fin del Derecho”, *Foro jurídico: revista de derecho*, N° 7 (2007): 4, <https://hdl.handle.net/11042/1926>.

⁹² De hecho, para el derecho de daños francés, entre los perjuicios morales o personales que puede suponer el daño corporal, están los sufrimientos físicos y/o morales, el perjuicio sexual, el perjuicio de agrado y el perjuicio estético.

⁹³ Koteich, “La indemnización del perjuicio extrapatrimonial...”, 169-171.

patrimonial: lucro cesante), sino que el tratamiento le generará gastos (daño patrimonial: daño emergente) y, emocionalmente, verse imposibilitada de caminar y hacer actividades mínimas, sufrirá (daño no patrimonial: daño moral); siendo todos estos últimos, claramente, el *préjudice*.

Como puede inferirse, lo señalado sobre los daños no patrimoniales no es ajeno a la inejecución de las obligaciones: el incumplimiento de las obligaciones o el retraso en el cumplimiento no exceptúan a que “los daños y perjuicios” derivados de estos puedan ser no patrimoniales o morales. Evidentemente, siguiendo la línea de la necesidad de acreditar no solo el *dommage* (que, de hecho, queda demostrado con la inejecución de la obligación y/o deber contractual) sino también el *préjudice*, es necesario que el daño moral sea cierto, previsto o previsible desde la celebración del contrato y que se configure como una consecuencia directa e inmediata del referido incumplimiento para ser exigible la reparación.

De conformidad con lo que ha sido descrito hasta el momento sobre el derecho de daños francés, se puede afirmar lo siguiente:

- a) Los daños resarcibles han sido regulados de manera amplia. Existe la posibilidad de indemnizar daños no patrimoniales como *pretium doloris*. Esta situación aplica tanto para la responsabilidad contractual como para la extracontractual.
- b) Se ha distinguido entre el daño (*dommage*) y la lesión (*préjudice*), requiriéndose, de forma lógica, la prueba de ambos para la obtención de una indemnización (esto último al menos para la responsabilidad extracontractual, pues la lesión se entiende de la inejecución de la obligación en el caso de la responsabilidad contractual).

2.1.2. El daño en el derecho italiano

Resulta conveniente empezar a describir al ordenamiento jurídico italiano en materia de daños desde el artículo 2043° del *Codice civile* italiano, que establece:

Articolo 2043°

Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.

Como se aprecia, esta configuración es similar a la configuración francesa, ya que, al menos desde este artículo, basta que alguien haya cometido un daño doloso o culposo para que

se encuentre obligado a resarcirlo. No obstante, el “daño” para el ordenamiento jurídico italiano está basado en la idea de daño injusto (*danno ingiusto*), pues, del texto de la ley se coloca a la injusticia⁹⁴ como un requisito del hecho ilícito para poder ser responsable de algún daño.

Además, de forma similar a la distinción entre *dommage* y *préjudice*, el derecho de daños italiano diferencia entre *danno-evento* y *danno-conseguenza*,⁹⁵ siendo el primero el hecho dañoso (constatación fáctica de la lesión) y, el segundo, los perjuicios derivados del hecho dañoso (repercusión económica o moral producida por la lesión).⁹⁶

A razón de la existencia de esta distinción, el sistema italiano ha generado dos nexos de causalidad para la imputación del hecho al autor. El primer nexo (respecto del *danno-evento*) es de facto: se trata de la prueba misma ante el juez del hecho ilícito, el cual debe acreditarse para que pueda fundarse, en primer término, una pretensión indemnizatoria. El segundo nexo es jurídico: será el demandante quien, además de probar el hecho ilícito, debe probar que existe una consecuencia o perjuicio derivado de dicho hecho ilícito.⁹⁷ Esto se ve reflejado en los siguientes artículos del Código Civil italiano:

Articolo 1223°

Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta.

Articolo 2056°

Il risarcimento dovuto al danneggiato si deve determinare se le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227. Il lucro cessante è valutato dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze del caso.

⁹⁴ Es importante señalar, conforme indican Koteich en “La indemnización del perjuicio extrapatrimonial...” y Sirena en “*Il concetto di «danno» ...*”, que la obligación de resarcimiento solo aparece cuando nos encontremos ante un hecho contrario a un deber jurídico, diferenciada esta “injusticia” del ilícito penal por no resultar necesaria su tipicidad.

⁹⁵ Koteich, “La indemnización del perjuicio extrapatrimonial...”, 168.

⁹⁶ Así, Carlos Fernández Sessarego, “Daño a la persona y daño moral en la doctrina y en la jurisprudencia latinoamericana actual”, *THEMIS Revista de Derecho*, N° 38 (1998): 190-191, señala “No es lo mismo un golpe en la cabeza -que deja como huella estática una determinada lesión- de las variadas consecuencias que ese daño puede acarrear, desde el simple daño emocional (o moral) hasta una hemiplejía que impide a la persona movilizarse. Es posible distinguir las dos vertientes o dos caras de la moneda como son la lesión en sí misma -el golpe en la cabeza- de sus consecuencias. El concepto daño comprende ambas situaciones”.

⁹⁷ Sirena, “*Il concetto di «danno» ...*”, 547.

El artículo 1223°, en particular, hace referencia al incumplimiento de obligaciones (ello por la literalidad del texto y por su locación dentro del *Codice*), indicando que el daño comprende la pérdida sufrida por el acreedor, así como el lucro cesante, siempre que sean consecuencias inmediatas y directas del incumplimiento de dichas obligaciones. Sin embargo, es el artículo 2056° el que extiende la aplicación del anterior a la responsabilidad extracontractual, generando una disciplina unitaria (junto con el 2043° y el 2059°) de daños;⁹⁸ así, queda vinculado el primer con el segundo nexo: deberá determinarse tanto el hecho dañoso como el perjuicio para que sea posible generar la obligación de indemnizar en el autor del daño.

Adicionalmente, en aras de completar el detallado de la responsabilidad contractual en el derecho italiano de daños, se cuenta con una construcción similar a la francesa, en el artículo 1218° del Código Civil italiano:

Articolo 1218°

Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

De esta manera muy similar al artículo 1231-1° del Código Civil Francés, el derecho de daños italiano también obliga al resarcimiento de los daños producidos por el incumplimiento de las prestaciones debidas, salvo se pruebe que el incumplimiento deviene de una causa no imputable.

En adición a lo indicado, los artículos 1225°⁹⁹ y 1227°¹⁰⁰ del *Codice* suman a la regulación de la responsabilidad por inejecución de obligaciones, de un lado, que si el incumplimiento no ha sido doloso, el resarcimiento se limita únicamente a lo previsible al momento en que surtió la obligación (aquí la regulación francesa aparte del dolo incluye a la negligencia grave); y, de otro lado, que el resarcimiento será disminuido según la gravedad de

⁹⁸ Sirena, "Il concetto di «danno» ...", 547.

⁹⁹ *Articolo 1225°*

Se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione.

¹⁰⁰ *Articolo 1227°*

Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.

la culpa y la entidad de las consecuencias derivadas (en caso el incumplimiento haya sido solo culposo).

Ahora bien, respecto de los daños no patrimoniales, el Código Civil italiano indica que sólo serán resarcidos en los casos que la ley indique:

Articolo 2059°

Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge.

Esta es una elección del sistema italiano que es muy distinta a la del derecho de daños francés: es solo desde la promulgación del Código Penal de 1930 en Italia que se inició con el resarcimiento de daños extrapatrimoniales, al menos los provenientes de delito. Ya luego, con el código civil en 1942 se creó el artículo 2059° antes referido, estableciendo el elenco limitado a los casos que la ley señala; en este contexto, cubría prácticamente solo los supuestos de delito.

La tendencia marcaba la restricción de la resarcibilidad del daño extrapatrimonial, sin embargo, iniciaron los problemas cuando se trataba de daños irrogados a la integridad psicofísica de la persona, pues no era posible indemnizar dichos daños a menos que se consideren como lucro cesante o pérdida de la capacidad laboral (daños patrimoniales).¹⁰¹

Para poder salvar estos límites, la doctrina y la jurisprudencia buscaron vías alternativas para poder resarcir daños por fuera de los márgenes del artículo 2059°. En medio de tales intentos, surgió en los sesenta la voz “daño a la salud”, que permitía indemnizar toda lesión a la integridad psicofísica, sin importar el límite del artículo referido, sin embargo, no terminaba de ser consistente dicha solución con la normativa del *Codice*.

Es por ello que las opciones viables, hasta el momento, eran: considerar que el daño a la integridad psicofísica era una lesión a un bien patrimonial y se indemniza sin límite por el artículo 2043° (1); o fijar que es extrapatrimonial y que no caiga dentro de la aplicación del artículo 2059° (2). Eligiéndose la primera opción, se determinó que el carácter patrimonial del daño no es igual a la naturaleza del interés lesionado, sino la posibilidad de que los perjuicios derivados del daño sean valorizables económicamente. De todas formas, lo que ocurrió fue que esta serie de daños no patrimoniales que quedaban fuera del artículo 2059° finalmente fue

¹⁰¹ Milagros Koteich Khatib, “El daño extrapatrimonial, las categorías y su resarcimiento, Italia y Colombia, vicisitudes de dos experiencias”, *Revista de Derecho Privado*, N° 10 (2006): 164-165, <https://revistas.uextornado.edu.co/index.php/derpri/article/view/588>.

englobada en una categoría más amplia, doctrinalmente catalogada como “*il danno alle persone*” o “daño a las personas”

Si bien todos los daños dentro de la categoría de “daño a las personas” resultan valorables económicamente, se realizaron los siguientes esfuerzos para mantener la coherencia del resarcimiento de estos daños extrapatrimoniales, los cuales pueden ser entendidos en tres etapas:

- a) *Primera etapa*: el artículo 2059° del Código Civil italiano indica que el daño no patrimonial solo se resarce en los casos fijados por la ley, siguiendo el ejemplo alemán. De otro lado, el daño patrimonial se sostiene en el artículo 2043°, que precisamente es resarcido a partir de hechos ilícitos. En esta etapa, el único daño no patrimonial resarcible era el *pretium doloris*, pues la única ley que indicaba su resarcibilidad era la ley penal (artículo 185° del Código Penal italiano).
- b) *Segunda etapa*: se verifica que el daño moral era un concepto muy estrecho y que otros daños merecen ser resarcidos, para lo cual surge el concepto de “daño biológico” y el de “daño a la salud”, además de otros “micro daños”, situación que extiende excesivamente el elenco de daños indemnizables. A esto, la doctrina italiana responde con la creación del “daño a la persona”,¹⁰² el cual, de forma omnicompreensiva, recoge todas las voces que habían surgido, diciendo que dichos daños eran apreciables patrimonialmente, bajo el artículo 2043°.
- c) *Tercera etapa*: el “daño a la salud” pasa a ser resarcido desde el artículo 2059° pues la reserva de ley también aplica para las normas constitucionales, de manera que se toma el artículo 32° de la Constitución italiana que protegía a la salud como un derecho fundamental.¹⁰³

Así, el estado actual de la cuestión sobre el alcance de los conceptos resarcibles como daño extrapatrimonial del artículo 2059° del *Codice*, tras los esfuerzos jurisprudenciales,

¹⁰² Así, la categoría doctrinal (no normativa) “daño a la persona” abarcaba el daño patrimonial (resarcido por el artículo 2043°, al daño a la salud (que es no patrimonial estrictamente, pero que es valorizable en dinero, por lo que se resarcía también por el artículo 2043°) y al daño moral o *pretium doloris* (resarcible por el artículo 2059° pues aplicaba la reserva de ley devenida del artículo 185° del Código Penal).

¹⁰³ Fernández, *El daño no patrimonial y el daño moral...*, 24-27.

permite resarcir el daño moral subjetivo, daño biológico y aquellos que resulten de la lesión de valores de la persona que estén protegidos constitucionalmente.^{104 105}

Por tanto, asumiendo el mismo ejemplo del accidente de tránsito que se empleó para el caso del derecho francés, en el derecho italiano, la lesión del derecho a la integridad psicofísica sería el *danno-evento*, mientras que la serie de perjuicios (patrimoniales y extrapatrimoniales) derivados de dicha lesión será el *danno-conseguenza*. Sobre los nexos de causalidad, en el ejemplo, la víctima tendrá que demostrar que fue atropellada por determinado conductor (nexo de facto) y que, a partir de dicho accidente, se le han generado perjuicios indemnizables como los gastos médicos, el dinero que dejará de percibir por no poder trabajar, la afectación emocional que conlleva el accidente, entre otros (nexo jurídico).

Finalmente, y en línea con los objetivos de esta sección, el daño moral, por su parte, es entendido por el sistema jurídico italiano de daños como *pretium doloris*:¹⁰⁶ se trata de una turbación pasajera del estado de ánimo de la víctima, guardando gran similitud con la visión al respecto que tiene el derecho francés (dentro de los daños no patrimoniales para el derecho, dentro de los daños económicos y morales para el derecho francés).

2.1.3. El daño en el derecho peruano

Considerando lo expuesto hasta el momento, es turno de realizar un acercamiento al ordenamiento peruano de daños. El Código Civil peruano señala lo siguiente en el artículo 1969°:

Artículo 1969°

Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

Junto con este artículo, es conveniente hacer referencia, además, al artículo 1985° del Código Civil peruano:

¹⁰⁴ Koteich, “El daño extrapatrimonial, las categorías y su resarcimiento...”, 176.

¹⁰⁵ Otros daños no patrimoniales reconocidos por normas en el ordenamiento italiano: resarcimiento de daños causados en el ejercicio de la función jurisdiccional y responsabilidad civil de los magistrados (1); daños no patrimoniales por “vacaciones arruinadas” regulado dentro del Código de Turismo (2); tutela sobre datos personales (3); reparación justa en caso de violación del plazo razonable del juicio (4); en caso de delitos (5), entre otros intereses jurídicamente tutelados.

¹⁰⁶ Sirena, “*Il concetto di «danno» ...*”, 558. En el mismo sentido, Fernández, *El daño no patrimonial y el daño moral...*, 27.

Artículo 1985°

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

Como se aprecia, al menos desde la responsabilidad extracontractual, el Perú cuenta con una configuración del daño a la francesa al menos desde el artículo 1969°. Sin embargo, en el artículo 1985° sí se precisa una serie de voces de daño; aunque, se trata de una lista que no es *numerus clausus* respecto de qué casos pueden causar daños extrapatrimoniales: se incluye (sin excluir a ninguna otra) a las consecuencias derivadas de la acción u omisión generadora del daño, al lucro cesante, daño a la persona y daño moral.

Así, el sistema peruano se distingue del sistema italiano, pues no cuenta con una disposición que señale que solo son resarcibles ciertos daños extrapatrimoniales establecidos por ley, aunque, sobre los daños patrimoniales, tanto en Italia como en el Perú resultan resarcibles las mismas voces de daño.

Por otro lado, así como el sistema italiano, la normativa peruana cuenta con nexos de causalidad definidos, pues, para vincular entre el hecho dañoso y el perjuicio, la legislación peruana exige una relación de causalidad adecuada, la cual implica una regularidad apreciada en la vida real: el resultado (daño) debe haber sido causado por una causa idónea, es decir, que, en la realidad cotidiana, dicha causa o hecho, idóneamente (normalmente), genere dicho resultado o perjuicio.

Ahora bien, respecto de la responsabilidad contractual, el Código Civil peruano ha tomado elementos comunes tanto del derecho de daños italiano como del francés. En primer lugar, el artículo 1321° es el que abre la responsabilidad por la inejecución de las obligaciones:

Artículo 1321°

Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

Como se aprecia, se ha tomado tanto del sistema francés como del italiano el hecho de que el daño será resarcido únicamente cuando sea consecuencia inmediata y directa de la inejecución de obligaciones. A diferencia del sistema francés, que hace referencia a la previsibilidad desde la celebración del contrato, el sistema peruano toma lo propuesto por la regulación italiana, haciendo referencia a que sólo son resarcibles aquellos daños previsibles al momento en que la obligación incumplida haya sido contraída.

De otro lado, dentro de los daños indemnizables a razón de la inejecución de las obligaciones se comprende, además de los daños indicados, al daño moral, tal como se ha dispuesto en el artículo 1322°:

Artículo 1322°

El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.

Aparte, nuevamente tomando elementos de ambos sistemas francés e italiano, el sistema peruano establece que no hay responsabilidad del deudor cuando su incumplimiento se de a razón de causas no imputables (artículo 1317°¹⁰⁷), sin embargo define que la causa no imputable es el caso fortuito o fuerza mayor (artículo 1315°¹⁰⁸).

Como último aspecto de la responsabilidad por inejecución de obligaciones peruana, el propio Código Civil obliga, de un lado, al perjudicado a probar tanto el dolo y la culpa

¹⁰⁷ Artículo 1317°

El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación.

¹⁰⁸ Artículo 1315°

El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación.

inexcusable (artículo 1330¹⁰⁹), como los daños (artículo 1331¹¹⁰), pues en este esquema de responsabilidad, la culpa leve del deudor se presume directamente de la inejecución de la obligación, tal como indica el artículo 1329°:

Artículo 1329°

Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor

De esta forma, muy similar a los sistemas antes analizados, el derecho de daños peruano reconoce, tanto para la responsabilidad contractual como para la extracontractual, la posibilidad de indemnizar los daños morales.

Sin embargo, como se habrá podido advertir, en la responsabilidad extracontractual, a diferencia de la contractual, se encuentra expresamente regulada la voz “daño a la persona” junto al daño moral, lo cual no ocurre en la responsabilidad contractual.

Esta situación, junto con otras causas, ha generado que en la doctrina y jurisprudencia peruana existan desacuerdos respecto de si una voz engloba a la otra, o, en cualquier caso, si una debe eliminarse, dejando la otra como la única voz de daños extrapatrimoniales en la regulación civil.

Adelantando un las conclusiones al respecto, tal como se sustentará en la sección siguiente, en el Perú el daño moral es distinto al daño a la persona: ambas son voces autónomas. En esa línea, como se verá más adelante, el daño moral es, en esencia, el *pretium doloris*, siguiendo las corrientes francesas e italianas y, de hecho, muchas otras del derecho continental.

Por lo pronto, para poder hacer una comparación más gráfica de la regulación, regímenes y características de los de los tres sistemas analizados previamente, se apreciará en la siguiente tabla los aspectos más relevantes, para que pueda verificarse de forma gráfica y comparativa todos los aspectos antes mencionados, para luego proceder al análisis del daño moral desde la doctrina peruana:

¹⁰⁹ Artículo 1330°

La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

¹¹⁰ Artículo 1331°

La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Tabla 1 Comparativa entre los sistemas francés, italiano y peruano

Criterio	Sistema francés	Sistema italiano	Sistema peruano
Concepto de daño	<i>Dommage</i> (hecho dañoso objetivo, fuera del derecho) vs. <i>Préjudice</i> (consecuencia negativa del daño, lesión del derecho subjetivo patrimonial o extrapatrimonial).	<i>Danno-evento</i> (hecho de la realidad, necesariamente causado por un ilícito civil) vs. <i>Danno-conseguenza</i> (repercusión económica o moral sufridos a partir del <i>danno-evento</i>).	Se indemnizan las consecuencias que se deriven de la acción u omisión generadora del daño. Las consecuencias son equiparables al <i>préjudice</i> y al <i>danno-conseguenza</i> , mientras que la acción u omisión dañosa al <i>dommage</i> y al <i>danno-evento</i> .
Amplitud de daños resarcibles	No limitado por el código civil. Control jurisprudencial de cantidad de voces resarcibles según el caso concreto.	Limitado legalmente respecto de los daños extrapatrimoniales. Ampliación jurisprudencial de la resarcibilidad de daños extrapatrimoniales.	Se indica con precisión cuáles son las voces de daño, sin limitar qué supuestos implica cada voz. Asimismo, recoge al “daño a la persona” normativamente como voz de daño.
Sobre nexos de causalidad	No precisan un nexo de causalidad determinado.	Presenta dos nexos de causalidad: uno de facto respecto del <i>danno-evento</i> (constatación del hecho ilícito) y otro de derecho respecto del <i>danno-conseguenza</i> (constatación del perjuicio derivado del hecho ilícito).	Es necesario que se acredite una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.
Sobre la responsabilidad por inexecución de obligaciones	Quien incumple la obligación no responde por los daños en caso de fuerza mayor.	Quien incumple la obligación no responde por los daños si fue por alguna causa que no le es imputable.	Quien incumple la obligación no responde por los daños si fue por alguna causa no imputable. La causa no imputable es el caso fortuito o la fuerza mayor.

	Solo se repara los daños previstos o previsibles en la celebración del contrato, salvo que el incumplimiento haya sido por dolo o negligencia grave.	Solo se resarcen los daños que hayan sido previsibles al momento del surgimiento de la obligación, salvo que el incumplimiento haya sido doloso.	Solo se resarcen los daños previsibles al momento del surgimiento de la obligación, pero solo si el incumplimiento es por culpa leve. Además, la culpa leve se presume.
	Sólo se reparan/resarcen aquellos daños derivados inmediata y directamente del incumplimiento.		
	No precisa un artículo particular, pero se infiere de la diferenciación en los grados de culpa.	El resarcimiento es disminuido según la gravedad de culpa y la entidad de las consecuencias que se deriven del incumplimiento	No precisa un artículo particular, pero se infiere de la diferenciación en los grados de culpa.
Concepto de daño moral	<i>Pretium doloris</i> : padecimiento subjetivo pasajero, que afecta el estado de ánimo de la víctima. Pasible de ser reparado/resarcido tanto desde la responsabilidad extracontractual como contractual.		

Fuente: elaboración propia

2.2. El daño moral en el sistema jurídico peruano desde la doctrina

2.2.1. Base doctrinal de la idea de “daño”

Es en base a todas estas características que la doctrina nacional, por su parte, ha entendido al “daño” como:

- a) Una lesión a un derecho subjetivo en tanto este es un interés jurídicamente protegido de la persona en su vida de relación, es un menoscabo de intereses individuales considerados merecedores de tutela por el derecho, debiendo ser jurídicamente indemnizable.¹¹¹
- b) Una pérdida perjudicial para quien la sufra, que reclama una reacción jurídica posterior conocida como resarcimiento con la finalidad de reparar el perjuicio; por ende, no se trata solo de lesión de intereses, sino de los efectos negativos derivados de dicha lesión,

¹¹¹ Lizardo Taboada Córdova, *Elementos de la RESPONSABILIDAD CIVIL. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, 2ª Ed. (Lima: Grijley, 2003), 33-61.

siendo posibles lesiones a intereses patrimoniales o extrapatrimoniales, así como efectos negativos patrimoniales o extrapatrimoniales.¹¹²

- c) Una situación negativa, una condición desfavorable para un sujeto merecedora de resarcimiento siempre que se haya afectado una posición protegida por el ordenamiento y que tal afectación sea imputable a otro sujeto. Se trata de una valoración económica de una situación nueva y desfavorable generada por un hecho particular, que habilita al damnificado a encargarse de su nuevo estado desfavorable o si actúa para erradicarlo.¹¹³
- d) Una modificación desfavorable de la situación previa a su aparición, que perjudica intereses dignos de protección jurídica.¹¹⁴
- e) Un detrimento o lesión a un sujeto de derechos, el cual lo sufre en sus bienes jurídicos a razón de la acción u omisión de un tercero, que menoscaba distintas esferas de su persona (espiritual y patrimonial).¹¹⁵

En suma, siendo posible acoplar algunas posiciones adicionales, se puede afirmar que el “daño”, para la doctrina nacional, es aquella lesión o menoscabo producidos al patrimonio o a la esfera jurídica de una persona, diferenciada del evento que genera dicha lesión.

Es evidente que, dicha pérdida o menoscabo debe darse respecto de un interés tutelado por el ordenamiento jurídico, sin embargo, resulta mucho más preciso señalar que atañe a las consecuencias negativas derivadas de la lesión de dicho interés protegido (admitiendo que existan lesiones patrimoniales con consecuencias no patrimoniales, y viceversa). Finalmente, el daño puede ser patrimonial o extrapatrimonial y, de plano, genera una obligación de reparación integral: deben resarcirse la totalidad de los perjuicios causados.

Ahora bien, de conformidad con la regulación civil, los daños son pasibles de ser causados a nivel extracontractual como contractual. Es importante precisar esta distinción, pues dependiendo del origen del daño tendrán implicancias diferentes, específicamente en lo vinculado a la determinación del dolo o la culpa. Así, mientras que la responsabilidad

¹¹² Juan Espinoza Espinoza, *Derecho de la responsabilidad civil. Tomo I*, 9ª Ed. (Lima: Instituto Pacífico, 2019), 430.

¹¹³ León, *La Responsabilidad Civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, 121-122.

¹¹⁴ Edgardo Mercado Neumann, “Fundamentos del sistema de responsabilidad civil extracontractual”, *THEMIS Revista de Derecho*, N° 10 (1988): 70, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10727>.

¹¹⁵ Javier Arévalo Vela, “La responsabilidad civil por contingencias laborales”, *Revista de derecho procesal del trabajo*, vol. 1, N° 1 (2020): 24, <https://doi.org/10.47308/rdpt.v1i1.2>.

extracontractual, vinculada a la responsabilidad aquiliana, sanciona los ilícitos civiles que lesionen situaciones subjetivas protegidas *erga omnes*, la responsabilidad contractual presupone una situación que el deudor asume ante el incumplimiento imputable de obligaciones a las que se ha comprometido.¹¹⁶

Así, mientras que la responsabilidad extracontractual está pensada para aquellas lesiones de intereses derivadas de un contacto social amplio y general, la responsabilidad contractual ha sido colocada para determinar cómo el deudor incumplidor responderá ante la inejecución imputable de las obligaciones en el marco de los contratos.

Respecto de las acciones u omisiones que causan el daño, tanto para el caso de la responsabilidad contractual como extracontractual, se hace referencia a los actos ilícitos civiles,¹¹⁷ que implican un comportamiento contrario al derecho, con el efecto de generar una situación desventajosa para quien los comete: la comisión de actos ilícitos hace nacer la obligación de resarcir.¹¹⁸

De esta manera, pudiendo ser acciones u omisiones, los actos pueden contrariar el derecho de dos formas: violando deberes u obligaciones nacidos de relaciones jurídicas existentes entre el causante del daño y el damnificado, como el caso del incumplimiento de obligaciones contractuales (1); o, cuando se viola deberes generales en los que no hay una relación previa entre el causante del daño y el damnificado, vinculado principalmente a los daños generados fuera de los contratos (2).¹¹⁹

2.2.2. Aportes a la idea de “daño”

La construcción sobre la noción de “daño” desde la doctrina peruana realizada en la sección anterior se preocupa suficientemente por mencionar a la lesión y encargarse de los efectos negativos derivados de esta sobre la víctima. No obstante, existen diferenciaciones necesarias que realizar *respecto de la acción u omisión que lesiona* y, por otro, es necesario hacer algunas precisiones *sobre el perjuicio sufrido a partir de la lesión*.

¹¹⁶ León, *La Responsabilidad Civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, 145-146.

¹¹⁷ Con la salvedad de que, aunque son casos selectos y muy menores, existen actos lícitos que generan daños indemnizables.

¹¹⁸ León, *La Responsabilidad Civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, 178-179.

¹¹⁹ León, *La Responsabilidad Civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, 180.

En primer lugar, el acto que lesiona, se trata de una interferencia en la esfera jurídica de otro: una persona, libre y autónoma excede el uso de sus libertades (o poderes), afectando o interfiriendo en la esfera jurídica de otro; es decir, afectando las libertades de otra persona.

Por principio, todas las personas tienen la potestad de autodeterminarse, sin embargo, esta potestad se encuentra limitada y regulada por las normas a las que la sociedad misma ha decidido someterse con la finalidad de coexistir pacíficamente, de manera que existirán formas permitidas¹²⁰ de interferir en otros y formas prohibidas de hacerlo.

Según lo anterior, existen ciertas formas en las que este uso de la potestad de autodeterminación puede lesionar (formas prohibidas):

- a) Por el abuso de la potestad, usándola para objetivos externos (fuera de la individualidad personal) o ilegítimos (ilegitimidad que estará marcada por las normas de la sociedad en la que nos encontremos). Por ejemplo, y para no desconectar todas las ideas previas con la crítica que en esta investigación se realiza al Pleno, en el caso de los empleadores, tienen una potestad sancionadora reconocida por ley; así, de emplearla para constreñir a un trabajador para forzarlo a trabajar más horas sin el pago correspondiente (amenazando con sancionarlo de no prestar más horas de servicio), el empleador estará abusando de su potestad por haberla empleado para objetivos tanto externos como ilegítimos.
- b) Por el uso desproporcionado de la potestad, por ser el perjuicio causado no acorde a las razones de su atribución. Siguiendo el ejemplo anterior, si el empleador, ante una falta mínima o de bajo grado de importancia (como una tardanza de pocos minutos), procede a sancionar al trabajador con una suspensión de quince días sin derecho a paga. En este caso, el perjuicio generado en el trabajador supone una reducción de su haber mensual a la mitad, afectando incluso el cómputo de otros beneficios laborales como la Compensación por Tiempo de Servicios o las gratificaciones de julio y diciembre, al menos para el caso peruano.
- c) Por el ejercicio desleal de la potestad, cuando las formas utilizadas no son compatibles con las razones de su atribución.¹²¹ Manteniendo el contexto laboral, por ejemplo, el

¹²⁰ Un ejemplo claro es el del auxilio en casos de emergencia: salvar la vida.

¹²¹ Mario Barcellona, *Trattato del danno e della responsabilità civile*, (Milán: Wolters Kluwer Italia, 2011), 301.

empleador puede despedir al trabajador, ejerciendo su potestad sancionadora; sin embargo, hacerlo de forma contraria a la ley: los despidos ilegales (arbitrario, fraudulento, nulo, etc.) son formas desleales del ejercicio de la potestad sancionadora de los empleadores, pues ninguno de esos despidos se fundamenta en causa justa, que es la forma “leal” prevista por ley.

Por otro lado, las afectaciones derivadas de estas lesiones se realizan sobre los intereses protegidos. Como bien ha señalado gran parte de la doctrina nacional, estos intereses tutelados por el ordenamiento se encuentran generalmente positivizados como situaciones jurídicas activas: son, en esencia, derechos.

Por ejemplo, en los daños patrimoniales, lo que se afecta es el patrimonio, el cual no es otra cosa que el derecho a la propiedad, el derecho a la libre contratación, el derecho a la libertad de empresa, entre muchos otros.

De la misma manera, en los daños no patrimoniales, lo que se afecta son esencialmente derechos: el derecho al honor, el derecho a la imagen, el derecho sobre el propio cuerpo como integridad psicofísica y muchos otros que se encuentran reconocidos en los distintos sistemas jurídicos.

En la línea de lo anterior, bien se diferencia entre la lesión de este interés/situación activa/derecho y el perjuicio ocasionado (efectos negativos del daño) desde la teoría de daños peruana. Y es que no son confundibles entre sí la lesión de derechos y la generación de perjuicios indemnizables.

Es por eso que se distingue *aquello que no se puede hacer* (interferencia no permitida) de *aquello que no se debe sufrir* (perjuicio indemnizable): en el ordenamiento peruano, no basta con la demostración de la interferencia para que el daño sea indemnizable, generalmente habrá que determinar que dicha interferencia estaba prohibida o es injustificada, así como habrá que comprobar que el perjuicio es indemnizable, situación que requiere demostrar la existencia y la cuantía de dicho perjuicio, así como su vinculación con la interferencia no permitida según un nexo de causalidad adecuada.¹²² Esta es la construcción de la noción de daño en el Perú con las precisiones sobre el acto que lesiona.

¹²² Barcellona, *Trattato del danno e della responsabilità civile*, 301-302.

Con ello claro, queda pendiente realizar las precisiones acerca de qué es exactamente aquello que se lesiona. Ya se adelantó que el hecho dañoso lesiona una situación activa, siendo pasible que de dicha lesión se generen perjuicios en el damnificado que no debe sufrir; por su parte, esta aclaración permite distinguir dos momentos en la configuración de un daño indemnizable: la lesión de un derecho y los efectos negativos de la lesión.

Para poder diferenciar más estos dos momentos, y tomando como ejemplo al daño moral subjetivo entendido clásicamente como *pretium doloris*, existe una gran diferencia entre el hecho dañoso (primer momento) y el dolor o perjuicio (segundo momento) si se toma en cuenta lo que implica de manera científica el dolor.

El dolor es un hecho subjetivo (así como otros: angustia, vergüenza, tristeza, desesperanza, etcétera) que se percibe por el cerebro a partir de los nervios sensoriales, de manera que lo que se indemniza es el dolor percibido por el cerebro y, si no se percibe nada, no hay indemnización alguna que corresponda.¹²³ Tal es así que es posible que exista lesión de derechos sin dolor, dolor sin lesión de derechos o que se den ambos a la par, por ejemplo:

- a) *Lesión de derechos y dolor al mismo tiempo*: en un accidente de tránsito en el que el damnificado sufrió fracturas, es evidente que la lesión y el dolor existen en el mismo momento.
- b) *Lesión de derechos sin dolor*: en un accidente de tránsito, el damnificado queda tetraplégico. Es claro que existe una lesión, pero no existe dolor ya que las extremidades afectadas de la persona ya no cuentan con sensibilidad y, por ende, el dolor no es perceptible por el cerebro (si no se percibe, no existe).
- c) *Dolor sin lesión de derechos*: para salvar la vida de una persona que sufrió un accidente de tránsito, se le suministró seis unidades de sangre sin que fuese posible tomar conocimiento de que era testigo de jehová. Aquí no habrá lesión desde la perspectiva del profesional de la salud, pues se le salvó la vida a la persona accidentada con un

¹²³ Joan Picó i Junoy, “La prueba del dolor”, en *Neurociencia y Proceso Judicial*, dirigido por Michele Taruffo y Jordi Nieva-Fenoll (Madrid: Marcial Pons, 2013): 83-84. En la terminología original utilizada por el autor se emplea “daño” en vez de “lesión de derechos”. Se ha elegido utilizar la segunda expresión para evitar confusiones, pues por “daño” podría hacerse referencia a los perjuicios indemnizables, lo que desde esta construcción sería errado.

actuar lícito, pero es evidente el dolor interno que sentirá al haber ido en contra de sus principios religiosos.¹²⁴

Así, queda demostrada la distinción entre ambos momentos y la no vinculación necesaria entre ambos, corroborando la tesis de que no se deben confundir las lesiones a derechos con la generación de perjuicios indemnizables.

Esta diferenciación no es ociosa, pues creer, sin más, que las lesiones a derechos constituyen en sí mismas perjuicios indemnizables, responsabilizando civilmente sin un mayor análisis respecto de la existencia real de perjuicios, su cuantía y su vinculación directa con la lesión del derecho, podría llegar a constituir verdadera pena civil o multa con nombre disfrazado.¹²⁵

Es en razón de esto último que, una noción de daño más ajustada a la realidad, debe enfatizar la distinción entre daño y perjuicio indemnizable; *ex facto oritur ius* y no al revés: la realidad es que las lesiones a derechos no necesariamente causan perjuicios.

2.2.3. Base doctrinal del concepto “daño moral”

Ahora, tras estos breves aportes para la idea de “daño”, corresponde realizar un acercamiento a la idea de “daño moral” para el sistema jurídico peruano. El “daño moral” en el ordenamiento jurídico peruano es una voz del daño expresamente regulada, la cual se mantuvo en el Código Civil (porque viene desde el Código de 1936) y, más bien, fue colocada junto con la reciente voz “daño a la persona”.

Por lo pronto, cabe decir que, a nivel doctrinal, es posible encontrar las siguientes posturas respecto del daño moral. En primer lugar, lo señalado por Fernández Sessarego, pues fue quien intervino directamente en los artículos antes citados en la discusión de la Comisión Reformadora del Código Civil:¹²⁶ “[...] el “daño moral” (*pretium doloris*) no es otra cosa que

¹²⁴ Picó, "La prueba del dolor", 85.

¹²⁵ Bruno Leonardo Câmara Carrá y Denise Sá Vieira Carrá, “*Dano in re ipsa, responsabilidade civil sem dano e o feitiço de águila: ou de como coisas distintas podem coexistir sem se tocar*”, *Revista Jurídica Da FA7*, N° 16 (2019): 127, <https://doi.org/10.24067/rjfa7:16.2:1181>. En este texto se hace referencia a “una pena civil o multa con nombre disfrazado” porque se estaría condenando al pago de indemnizaciones a razón de la mera conducta: la sola lesión o “el acto de lesionar” el derecho o interés tutelado no es, en *per se*, suficiente para una condena indemnizatoria; teóricamente, es necesaria la demostración de los perjuicios efectivos que se generaron a partir de la lesión, de lo contrario, la lesión en sí misma podría equipararse a un ilícito (infracción o delito) que, en derecho sancionador, debe ser típico para ser sancionable.

¹²⁶ Así, el autor mismo indica:

En efecto, como lo narráramos en una nota a pie de página de nuestra ponencia «El daño a la persona en el Código Civil peruano», presentada en el Congreso Internacional reunido en Lima en agosto de 1985,

una modalidad del daño a la persona y, por consiguiente, es una especie de un concepto comprensivo, es decir, de una noción genérica que lo engloba y subsume. Y ésta, obviamente, es la de daño a la persona. Lo “moral”, quien lo duda, es sólo un “aspecto” de la compleja estructura del ser humano”.¹²⁷

Esta conclusión viene dada a partir de una sistematización en la que el referido autor disgrega la idea de “daño” desde un sentido amplio, separando el daño pasible de ser causado a las cosas del daño pasible de ser causado a la persona. En este segundo daño (a las personas), es posible afectar el espectro psicosomático de la persona y su libertad; y, dentro del espectro psicosomático, es posible diferenciar entre afectaciones al cuerpo (*soma*) o a la mente (*psique*), aunque ambas estén estrechamente vinculadas. Así, el daño moral (aunque se trate de un término inexacto para el autor mencionado) sería aquella afectación a la *psique* que constituya angustia, dolor, sufrimiento, ansiedad u otros más graves (psicopatías) causados al damnificado.¹²⁸

En segundo lugar, lo indicado por Leysser León, quien opina que más bien el daño moral abarca al daño a la persona. Identifica al daño moral como “[...] el menoscabo del estado de ánimo que subsigue a la comisión de un hecho antijurídico generador de responsabilidad civil”.¹²⁹ Así, citando a Gabba,¹³⁰ precisa que el “daño moral” puede entenderse en dos sentidos:

el lograr que los codificadores del 84 aceptaran introducir la novísima voz -en aquellos años- de «daño a la persona» fue el resultado de permanentes discusiones y replanteos, ya que en el Proyecto concluido por la Comisión Revisora no se admitió la incorporación al Código Civil del daño a la persona. Prácticamente, el daño a la persona había quedado excluido del articulado del Código del 8431. Ocurrió, sin embargo, un hecho imprevisto. En efecto, se presentó una ocasión inesperada y propicia para insistir discretamente en el tema. Pocos días antes de la promulgación del Código, fijada para el 24 de julio de 1984, se celebró con fecha 3 del mismo mes en el despacho del ministro de Justicia de aquel entonces, profesor Max Arias Schreiber, una reunión de coordinación con los integrantes de la Comisión Revisora, con la finalidad de dar los últimos retoques al ya aprobado Proyecto de Código. A esta reunión fuimos invitados por el ministro junto con algunos otros pocos miembros de la Comisión Reformadora. Fue en aquella reunión del 3 de julio de 1984 -es decir, 21 días antes de la promulgación del Código- que se logró introducir en el artículo 1985 el daño a la persona al lado del daño emergente, del lucro cesante y del daño moral que aparecían en este numeral. No se pudo lograr lo más: eliminar del texto de este artículo, por repetitiva, la voz daño moral. Era peligroso insistir en este sentido, ya que se corría el riesgo de reabrir un debate que podría haber concluido con la confirmación del acuerdo adoptado en precedencia por la Comisión Revisora. Es decir, la no inclusión del daño a la persona. Preferimos, ante esta eventualidad y con sentido común, lo bueno en lugar de lo óptimo.

Ver estos detalles y “curiosidades” en Carlos Fernández Sessarego, “Daño al proyecto de vida”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, N° 50 (1996): 63-64, <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199601.003>.

¹²⁷ Fernández, "El daño al proyecto de vida", 8.

¹²⁸ Fernández, "Daño a la persona y daño moral en la doctrina y jurisprudencia ...", 190 y ss.

¹²⁹ Leysser León Hilario, "Funcionalidad del "daño moral" e inutilidad del "daño a la persona" en el derecho civil peruano", *Revista Peruana de Jurisprudencia* N° 23 (2003): 9.

¹³⁰ Carlo Francesco Gabba, "Indemnización de daños morales", *Cuestiones prácticas de derecho civil moderno*, traducido por Adolfo Posada, vol. 2, (Madrid: España Moderna, 1898), 241-242, citado en León Hilario, "Funcionalidad del "daño moral" e inutilidad ...", 11.

un sentido estricto y propio (1), en el que el daño moral es aquel que no recae sobre cosa alguna del damnificado, que no es perceptible mediante los sentidos. Por el contrario, se percibe de forma interior, pues implica una disminución en algo inmaterial. Por ejemplo: el rebajar la reputación personal, la falta de educación paternal, el padecimiento o aflicción, todos causados de forma ilícita. Y otro sentido lato e impropio (2), en el que el daño moral es todo daño injustamente causado a otro en que no se afecte el patrimonio propiamente.

Así, es posible concluir que el daño que se cause sobre bienes materiales del individuo que, sin embargo, no formen parte de su patrimonio, como su integridad física o su salud, son también concebibles como daño moral. Entonces, de forma contraria a la posición del profesor Fernández Sessarego, los sentimientos o los padecimientos internos no son los únicos componentes del llamado “daño moral”, sino que también padecimientos fuera de lo emocional, como a la integridad física, también forman parte de este.

Es por ello que, en cualquier caso, el daño a la persona, entendido como un atentado contra la integridad de un derecho individual, o una lesión a la personalidad, ya se encontraría comprendido dentro de la idea de “daño moral”. En la misma línea, interpretando el concepto de “daño a la persona” desde sus fuentes iniciales, el mencionado autor indica que “[...] el daño a la persona no sirve más que como una locución para identificar el daño a la integridad psicofísica. A ello se debe, tal como hemos dicho, que este daño haya sido asimilado al daño a la salud”.¹³¹

En tercer lugar, y sin perjuicio de las posturas anteriores, de Trazegnies Granda afirma que el daño a la persona es una subespecie del daño moral, puesto que aquellos daños que se han identificado dentro de la categoría de “daño a la persona”, tradicionalmente no resultan muy distintos de lo conocido como “daño moral”, concepto que abarca incluso a aquellos efectos patrimoniales de la violación de los derechos de la personalidad.¹³²

Es por eso que el autor sostiene que se puede utilizar cualquier expresión más allá de “daño a la persona”, sin embargo, prefiere conocer este tipo de daños como “extrapatrimoniales”; no obstante, precisa que el meollo del asunto está en determinar si “[...] el dolor y el sufrimiento tienen un tratamiento jurídico diferente de la frustración del proyecto de vida de una persona o del atentado contra su honor [...]”. Según el autor, “[...] todo ello tiene

¹³¹ León, "Funcionalidad del "daño moral" e inutilidad ...", 24.

¹³² Fernando de Trazegnies Granda, *La Responsabilidad Extracontractual, Tomo II*, 7ª Ed. (Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2001), 110 y ss.

un tratamiento similar y, por consiguiente, pertenece al mismo campo y debe merecer un mismo nombre genérico”.¹³³

Finalmente, existe una cuarta postura, sostenida por Juan Espinoza, quien señala que el daño moral es, siguiendo a la Corte Constitucional Italiana, una serie de padecimientos físicos o psíquicos, con carácter efímero y no duradero, siendo posible diferenciar entre daño moral subjetivo (sufrido por la víctima) y daño moral afectivo (lesión a la relación afectiva respecto de otros sujetos, animales o bienes).¹³⁴

Ahora, sobre la disputa entre las voces “daño a la persona” y “daño moral”, a diferencia de las dos primeras posturas (que proponen la desaparición de una u otra voz) y de la tercera postura (que deja abierta la posibilidad de que el daño moral sea una voz autónoma según se determine si el dolor merece un tratamiento jurídico diferenciado), Espinoza apuesta por mantener ambas voces de daño y contesta la interrogante de Fernando de Trazegnies sobre el daño moral. Ello a partir de lo siguiente:

- a) Considera que tanto el daño moral como el daño a la persona están comprendidos dentro del género “daño no patrimonial”, precisando que el daño a la persona lesiona derechos no patrimoniales de la persona (natural o jurídica) y que el daño moral se refiere directamente al dolor, siendo posible que aparezcan a la vez o por separado en la dinámica de la responsabilidad civil, razón por la que considera que mantener ambas voces es adecuado. Tomando el ejemplo ya mencionado líneas arriba, en un accidente de tránsito en el que el damnificado sufre fractura de huesos, es evidente que habrá daño a la persona (por las lesiones a su derecho a la integridad) y daño moral (por los dolores físicos y psíquicos sufridos) al mismo tiempo, pero cada uno converge en la figura de responsabilidad de forma autónoma.¹³⁵
- b) Asimismo, respondiendo a de Trazegnies, señala que es posible, en principio, prescindir de la voz “daño a la persona” quedándonos solo con “daño moral”, pero que hay motivos para mantener la diferencia conceptual entre ambas. En primer lugar, que “daño a la persona” como categoría no se encuentra solo en el Código Civil, sino que estuvo en la Ley de Protección al Consumidor respecto de responsabilidad civil por productos

¹³³ De Trazegnies, *La Responsabilidad Extracontractual*, 112.

¹³⁴ Espinoza, *Derecho de la responsabilidad civil*, 433.

¹³⁵ Espinoza, *Derecho de la responsabilidad civil*, 440-441.

defectuosos¹³⁶ y hoy se encuentra en la sección de daños indemnizables en el vigente Código de Protección y Defensa del Consumidor como “daño personal”;¹³⁷ aparte, se encuentra también en la Ley del Procedimiento Administrativo General, que reconoce la indemnizabilidad del daño moral y de daño a la persona cuando sean irrogados por la Administración Pública.¹³⁸

- c) Finalmente, indica que tanto el daño a la persona como el daño moral circulan hace décadas en la práctica jurídica local, de manera que el problema no es el nombre que se le asigne a los daños no patrimoniales, sino que lo verdaderamente importante es que se internalice por la comunidad jurídica el derecho de brindarle una efectiva tutela a los daños no patrimoniales, independientemente del *nomen iuris* que reciban.¹³⁹

Ahora bien, desde este trabajo, resulta razonable compartir una opinión similar a la de Espinoza, pues es cierto que hay razones para mantener autónomamente ambas voces de daño (armonizando, en principio, todas las figuras de daño que recoge el Código Civil):¹⁴⁰ en el fondo, el daño moral es el *pretium doloris*¹⁴¹ y, finalmente, resulta adecuado afirmar que el daño a la persona tutela tanto a personas naturales como jurídicas, mientras que el daño moral

¹³⁶ El Decreto Legislativo N° 716 del 7 de noviembre de 1991 (Ley de Protección al Consumidor), señalaba lo siguiente en su artículo 32°:

“Artículo 32.- El proveedor es responsable de los daños causados a la integridad física de los consumidores a sus bienes por los defectos de sus productos.

Se considera que un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a que las personas tienen derecho, tomando en consideración todas las circunstancias, tales como:

[...]

La indemnización comprende todas las consecuencias causadas por el defecto, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral”.

¹³⁷ En la Ley N° 29571 del 1 de setiembre de 2000, Código de Protección y Defensa del Consumidor, se establece en el artículo 103°:

“Artículo 103.- Daños indemnizables La indemnización comprende todas las consecuencias causadas por el defecto, incluido el daño emergente, el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral”.

¹³⁸ Desde el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, se establece en su artículo 260° lo siguiente:

“Artículo 260.- Disposiciones Generales

260.1 Sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el derecho común y en las leyes especiales, las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas.

[...]

260.5 La indemnización comprende el daño directo e inmediato y las demás consecuencias que se deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral”.

¹³⁹ Espinoza, *Derecho de la responsabilidad civil*, 444-445.

¹⁴⁰ Sobre el particular, León saluda la armonización de las voces de daño, probablemente con reparos respecto del “daño a la persona”, pero sí se encuentra totalmente de acuerdo con la coherencia que brinda al sistema la voz “daño moral”, especialmente desde sus fuentes europeas. Ver León, *La Responsabilidad Civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, 406-407.

¹⁴¹ De opinión similar, aunque con matices, Fernández, *El daño no patrimonial y el daño moral...*, 41-45.

refiere sólo al dolor (perceptible solo por los seres humanos). Sin embargo, es necesario precisar algunos aspectos:

- a) Ni el daño a la persona ni el daño moral son daños-consecuencia, es decir, ninguno es resarcible como tal porque tales conceptos no describen un perjuicio, sino una lesión de un interés no patrimonial. Lo que será resarcible, para cualquiera de las dos voces de daño, serán las consecuencias negativas (patrimoniales o extrapatrimoniales) derivadas de dichas lesiones.
- b) El daño a la persona, siguiendo a Fernández Sessarego, se centra en el ser humano de manera íntegra, por lo que supone, como se mencionó *supra*, tanto el daño a la libertad como el daño psicosomático. Esto, por su lado, deja disponibles el resto de los derechos personalísimos (diferentes a la libertad y a la integridad psicofísica) para su protección con la voz de daño moral. Por ende, “daño a la persona” y “daño moral” no son intercambiables o subsumibles en estricto, sino que es necesario que sean categorizados autónomamente.¹⁴²

Así, el concepto de “daño moral”, al menos desde este trabajo, es aquella interferencia no permitida que lesiona derechos de la persona vinculados a su esfera existencial y a sus sentimientos (sin llegar a ser una psicopatía) en tanto intereses jurídicamente relevantes para el ordenamiento. Por su parte, esta interferencia, de ser el caso, generará determinados efectos negativos pasibles de ser valorizados en dinero para ser indemnizados en el fuero sentimental de la persona, subjetivos pero perceptibles por el cerebro, temporales, efímeros y absolutamente distintos de la lesión de los mencionados derechos.

2.3. El daño moral en la actividad judicial peruana

Tras haber esclarecido la noción de “daño moral” desde sus fuentes y desde la doctrina, corresponde analizar cómo se ha entendido esta categoría en la jurisprudencia y cuál ha sido su aplicación en la solución de controversias en el Perú, así como cuáles han sido los criterios judicialmente fijados para la determinación de su existencia.¹⁴³ A tal efecto, se realizará un

¹⁴² Jaliya Retamozo Escobar, “Daño a la persona y daño moral: un paso adelante...”, *Actualidad Civil*, N° 11 (2015): 196-203. En contra, Fernández, *El daño no patrimonial y el daño moral...*, 48, quien indica más bien que el daño a la persona comprende al daño moral porque: es más amplio, pudiendo afectar tanto la integridad psicofísica como los derechos fundamentales o de la personalidad (1); porque los efectos del primero pueden ser permanentes o temporales (2) y porque casi siempre reparan el daño, y solo excepcionalmente cumplen una función aflictivo-consolatoria.

¹⁴³ Es necesario acotar que el presente trabajo no pretende incidir en los criterios para la cuantificación del daño moral. Únicamente se encargará de analizar y cuestionar aspectos sobre su existencia.

recorrido por la jurisprudencia civil, laboral y penal, extrayendo las decisiones más paradigmáticas, en orden a poder hacer contrastes en las posiciones adoptadas por los jueces peruanos.

2.3.1. Sobre la noción de daño moral y su posición dentro del sistema jurídico peruano

La primera referencia determinante con la que se cuenta en la labor judicial es el Tercer Pleno Casatorio Civil (2010), que en su considerando 71 señala la diferenciación ya planteada por la doctrina entre “daño moral” y daño a la persona”, precisando que “[...] el daño a la persona debe comprender al daño moral [...] configurado por las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos, los estados depresivos que padece una persona. El daño psíquico comporta un estado psicológico (enfermedad) [...] susceptible de diagnóstico por la ciencia médica”.¹⁴⁴ Sin perjuicio de lo señalado, es posible realizar una revisión de distintas decisiones como se apreciará a continuación:

- a) En primer lugar, las decisiones de tribunales civiles sostienen, por un lado, que el daño moral es el daño no patrimonial que afecta derechos de la personalidad, pues genera afectación espiritual y, en cualquier caso, se trata del dolor, la pena, la angustia, entre otras afectaciones anímicas.^{145 146 147} Además, se señala que el dolor se indemniza atendiendo a la magnitud del menoscabo producido a quien lo padece y a su entorno familiar.^{148 149} Asimismo, se ha señalado que es una categoría del daño de difícil acreditación, ya que las personas no expresan sus sentimientos o emociones del mismo modo, siendo posible que haya personas que simulen estos últimos, con finalidades contrarias al derecho; de otro lado, es posible también que las personas resistan sufrimientos graves dada su fortaleza emocional.¹⁵⁰ Finalmente, se ha distinguido al

¹⁴⁴ Tercer Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República, Casación N° 4664-2010-Puno, 2011.

¹⁴⁵ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente, Casación N° 1070-95 Arequipa, 1995, fundamentos jurídicos quinto, séptimo y décimo.

¹⁴⁶ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente, Casación N° 3187-2005 La Libertad, 2005, fundamento jurídico séptimo.

¹⁴⁷ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Transitoria, Casación N° 1118-2013 San Martín, 2013, fundamento jurídico noveno.

¹⁴⁸ Casación N° 231-98 Lima, citada por León en "Funcionalidad del "daño moral" e inutilidad ...", 2.

¹⁴⁹ Casación N° 4619-2009 Ucayali. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2010, fundamento jurídico séptimo.

¹⁵⁰ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Transitoria, Casación N° 2084-2015 Lima, 2016.

daño moral del daño a la persona en tanto el primero supone sólo la aflicción y/o la pena, mientras que el segundo se trata de una afectación psicosomática.¹⁵¹

- b) En segundo lugar, los tribunales laborales han indicado que el daño moral se acredita demostrando la repercusión psicológica sufrida por la víctima, lo que se traduce en angustia, padecimientos, frustración, entre otros.^{152 153} Añadiendo a lo anterior, también se ha indicado que el daño moral suele afectar todos los planos de la vida personal, familiar, afectiva e íntima; es decir, que procura una afectación existencial compleja.¹⁵⁴ De otro lado, en el fuero laboral también se ha entendido que el daño moral supone una afectación a sentimientos considerados como socialmente dignos o legítimos, situación que justificaría su tutela.¹⁵⁵ Finalmente, además de aceptar, como en el fuero civil, que el daño moral es de difícil probanza,¹⁵⁶ también se dice que es posible de ser generado a razón del despido que genera la pérdida intempestiva de ingresos y lesiona el derecho al trabajo.¹⁵⁷
- c) En tercer lugar, los tribunales penales han tomado definiciones similares, indicando que lo que se compensa a título de daño moral es el sufrimiento y el dolor causado a la víctima¹⁵⁸ y a sus familiares cercanos.¹⁵⁹ Finalmente, de forma similar a los tribunales laborales, se ha señalado que el daño moral no implica la lesión de cualquier sentimiento, sino que deben ser aquellos que sean socialmente dignos y legítimos, aprobados por la conciencia social, en el sentido de la opinión común predominante en una determinada sociedad en un momento histórico determinado.¹⁶⁰

¹⁵¹ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente, Casación N° 1318-2016 Huancavelica, 2016, fundamento jurídico séptimo.

¹⁵² Corte Suprema de Justicia de la República, Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, Casación N° 7204-2014 Arequipa, 2015, fundamento jurídico décimo tercero.

¹⁵³ Corte Suprema de Justicia de la República, Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, Casación N° 7658-2016 Lima, 2016, fundamento jurídico décimo tercero..

¹⁵⁴ Corte Suprema de Justicia de la República, Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, Casación N° 3289-2015 Callao, 2017, fundamento jurídico décimo tercero.

¹⁵⁵ Corte Suprema de Justicia de la República, Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, Casación N° 17779-2017 Lima, 2019, fundamento jurídico cuarto.

¹⁵⁶ Corte Suprema de Justicia de la República, Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, Casación N° 2192-2020 Lima, 2022, fundamento jurídico séptimo.

¹⁵⁷ Corte Suprema de Justicia de la República, Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, Casación N° 08960-2018 Lima, 2021, fundamento jurídico primero.

¹⁵⁸ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación N° 657-2014 Cusco, 2016, fundamento jurídico décimo cuarto.

¹⁵⁹ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Transitoria, Recurso de Nulidad N° 1507-2011 Lima Norte, 2011, fundamento jurídico séptimo.

¹⁶⁰ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación N° 2673-2010 Lima, 2011, fundamentos jurídicos tercero y cuarto.

El concepto de daño moral adoptado por la jurisprudencia nacional, como puede verificarse, a lo largo del tiempo ha ido siguiendo la línea de la doctrina: se ha visto al daño moral como un dolor subjetivo y transitorio, que, sin ser patológico, afecta el fuero interno de los sentimientos de la persona, generándole angustia, congoja, tristeza, dolor, etcétera (ello con independencia de la discusión de si es o no una especie de “daño a la persona”, o viceversa).

2.3.2. Sobre los criterios contrapuestos respecto de la existencia de los efectos negativos indemnizables causados por el daño moral

Sin perjuicio de lo indicado en la sección anterior, y profundizando en las principales preocupaciones de esta investigación, cuando se trata de daño moral generado a razón de despidos contrarios a ley, como se verá a continuación, la jurisprudencia sí está dividida respecto a la determinación de la existencia de consecuencias negativas indemnizables tras el daño moral.

Existen criterios contrapuestos: un sector cree que el daño moral o, mejor dicho, los efectos negativos del mismo, deben probarse en orden a ser indemnizables (1); del otro lado, un segundo sector considera, según se entienda, que estos perjuicios indemnizables se presumen (2) o, en todo caso, que la sola lesión del derecho o interés jurídicamente protegido (daño moral) es en sí misma indemnizable (3).

En primer lugar, se cuenta con una serie de Plenos Jurisdiccionales sobre daño moral. En estos acuerdos judiciales se puede evidenciar una especie de evolución respecto de si los daños morales se presumen o no a razón de despidos ilegales:¹⁶¹

Tabla 2 Plenos jurisdiccionales laborales sobre "daño moral"

<p>V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional 2016</p>	<p>Por despido incausado y fraudulento se puede demandar, además de la reposición, la indemnización por los daños sufridos y efectivamente acreditados (incluido el daño moral).¹⁶² Asimismo, establece que respecto de cualquier daño, el juez debe valorar los medios probatorios para determinar la existencia del daño, la relación de causalidad con el despido, el factor subjetivo de</p>
---	---

¹⁶¹ A estos, pero desde el ámbito civil, puede sumarse el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil de 2017 Lambayeque, el cual concluye lo siguiente en el Tema N° 3, vinculado al daño moral, pruebas y criterios de cuantificación: Debe someterse a las reglas de la carga de la prueba del demandante y evaluarse los elementos de la responsabilidad mediante medios probatorios directos e indirectos no siendo suficiente presumir; y los criterios de cuantificación deben ser objetivos.

¹⁶² Según el numeral 3.3. sobre pago de indemnización de daños y perjuicios en caso de despido fraudulento o incausado, se señala expresamente: “[...] cabe reiterar que no existe limitación alguna para que el trabajador sea indemnizado por los daños y perjuicios que le haya causado un despido fraudulento o un despido incausado, no solo en cuanto a la violación de sus derechos constitucionales, sino, en general, a todo tipo de daño: daño emergente, lucro cesante y daño moral, que se encuentren debidamente acreditados”.

	atribución de responsabilidad, así como el cálculo de la suma indemnizatoria, según el petitorio planteado por el demandante y los hechos del caso. ¹⁶³
Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral Chiclayo 2018	Debe presumirse el daño moral porque el solo hecho de ser despedido sin justificación merma el estado emocional y psíquico del sujeto afectado, por lo que aplica el quantum indemnizatorio del artículo 1332° del Código Civil.
Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral Tacna 2019	El daño moral no se puede presumir tras el despido, sino que debe probarse su existencia con medios probatorios directos o indirectos. Excepcionalmente, se presumirá el daño moral en los casos que, aparte de vulnerarse el derecho al trabajo, se vulneren otros derechos fundamentales como el honor, la dignidad u otros derechos de la personalidad; sin embargo, la cuantificación siempre deberá sustentarse a nivel probatorio o invocando parámetros o criterios y, sólo en defecto de lo dicho podrá acudirse a la valoración equitativa del artículo 1332° del Código Civil.

Fuente: elaboración propia

En segundo lugar, se cuenta con algunos criterios dados por diferentes tribunales. En estos, también es posible encontrar esta disyuntiva respecto de la presunción de los daños morales.¹⁶⁴

De un lado, los que defienden la exigencia de probanza del daño moral sostienen que el sólo hecho de estar despedido no es suficiente para poder determinar que el daño moral existe;^{165 166} así, no es posible dar por sentado que en todos los casos se dará dicho impacto anímico, ya que supondría una exageración de la consideración de la culpa leve del empleador, asumiendo erróneamente que este conoce la particular situación de cada trabajador, expandiendo injustamente el espectro de la responsabilidad civil del empleador hasta límites indeterminables.¹⁶⁷ Finalmente, defienden que el daño moral puede probarse mediante prueba indirecta, indicios y presunciones, de manera que debe exigirse su probanza,¹⁶⁸ la cual, apelando

¹⁶³ Vale contrastarlo con el numeral 3.6. del Pleno Jurisdiccional en referencia, específicamente se trata del acuerdo plenario en mayoría.

¹⁶⁴ En el mismo sentido, Fernández, *El daño no patrimonial y el daño moral...*, 135-144. El autor, tras realizar un estudio de casos, concluye de forma similar que la jurisprudencia está dividida entre si exigir la probanza del daño o presumirlo por ser “evidente”.

¹⁶⁵ Corte Suprema de Justicia de la República, Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, Casación N° 3070-2016 Lima, 2016, fundamento jurídico décimo séptimo.

¹⁶⁶ Corte Superior de Justicia de Lima, Cuarta Sala Laboral Permanente, Resolución N° 11 del Exp. N° 07771-2019-0-1801-JR-LA-06, 2022, fundamento jurídico quincuagésimo quinto.

¹⁶⁷ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Transitoria, Casación N° 4385-2015 Huancavelica, 2016, fundamento jurídico décimo segundo.

¹⁶⁸ Corte Superior de Justicia de Junín, Sala Laboral Permanente de Huancayo, Resolución N° 08 (Sentencia) del Exp. N° 0155-2017-0-1501-SP-LA-01, 2017, fundamento jurídico trigésimo segundo.

a las normas sobre la carga de la prueba, corre por cuenta del perjudicado que alega la existencia del daño.¹⁶⁹

De otro lado, los que defienden la presunción de la existencia del daño moral indican que el sólo hecho de haber sido despedido sin causa justa produce sufrimiento en la víctima, respecto de su imagen ante sus familiares y la sociedad.¹⁷⁰ Incluso no se haya presentado medio probatorio alguno para la probanza de la existencia del daño, se ha defendido que se intuye el mismo a partir del despido ilegal, pues esta por sí misma implica una aflicción anímica que queda acreditada con la sola conducta antijurídica del demandado.¹⁷¹ Vinculado a lo anterior, justifican que el daño moral debe presumirse algunas veces a razón de la dificultad probatoria del sufrimiento.¹⁷² Además de lo señalado, justifican que una inversión de la carga probatoria respecto de la demostración del sufrimiento es adecuada: señalan que quien ha causado el daño debe probar que este no ha ocurrido o que ha sido causado por terceros, por la propia víctima o por caso fortuito o fuerza mayor.¹⁷³ Finalmente, también ha sido sostenido que la sola afectación de derechos de la persona merece una indemnización por daño moral,¹⁷⁴ ello sin importar la prueba del sufrimiento como hecho.

El panorama es complejo: la variación y falta de claridad de los Plenos Jurisdiccionales (sin entrar a analizar si son o no correctos) y la contraposición de posturas en las decisiones citadas permiten concluir que, al menos para los jueces nacionales, no es claro si deben o no presumir la existencia de los efectos negativos del daño moral, o si deben entender que la sola afectación de derechos de la personalidad es en sí misma indemnizable.

Esta discusión, en el fondo, plantea tres frentes ya conocidos en la doctrina: un primer frente que plantea que existen ciertos daños pasibles de ser entendidos como *in re ipsa*; un segundo frente, según el que basta con la sola lesión de un derecho para entender que se ordene una indemnización (que la lesión del derecho es indemnizable en sí misma, como un daño *ipso*

¹⁶⁹ Corte Superior de Justicia de Lima, Segunda Sala Laboral, Resolución N° 14 del Exp. N° 7147-2017-0-1801-JR-LA-08, 2022, fundamentos jurídicos décimo noveno y vigésimo.

¹⁷⁰ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente, Casación N° 699-2015 Lima, 2015, fundamento jurídico décimo segundo.

¹⁷¹ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Laboral Permanente, Casación N° 3289-2015 Callao, 2016, fundamento jurídico décimo cuarto.

¹⁷² Corte Suprema de Justicia de la República, Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, Casación N° 5816-2018 Piura, 2020, fundamento jurídico décimo segundo.

¹⁷³ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Transitoria, Casación N° 5677-2017 Lambayeque, 2019, sumilla.

¹⁷⁴ Corte Superior de Justicia de Lima, Cuarta Sala Laboral Permanente, Resolución N° 13 del Exp. N° 16296-2019-0-1801-JR-LA-84, 2021, fundamento jurídico décimo noveno.

jure: la sola lesión del derecho genera el deber de indemnizar), y; un tercer frente, que exige que cualquier daño deba ser acreditado en su existencia (incluidos los daños morales) y cuantía para poder ser indemnizable.

Para aclarar este *statu quo*, en la siguiente sección del presente trabajo se realizará un acercamiento al problema, viéndolo desde la óptica central de esta investigación: se analizarán bajo qué idea el Pleno presume al daño moral en los casos de despidos lesivos de derechos de la personalidad, para lo que se explicará cómo se concibe a los daños morales cuando estos se entiendan *in re ipsa*.

Se dejará de lado a los daños morales *ipso jure* pues, además de sólo existir en una cantidad mínima de casos, no es relevante para la presente investigación. La idea de comprender qué significa “daño moral” en el sistema jurídico peruano y cuáles son los problemas en la demostración de su existencia fue, principalmente, para determinar dos asuntos: por un lado, qué es lo que presume el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral 2019 Tacna en los casos de despidos contrarios a ley que lesionen derechos de la personalidad (1); y, de otro lado, cómo presume al daño moral y bajo qué parámetros (2).

En ese sentido, precisamente, el razonamiento presuntivo del Pleno lo que hace es presumir a los daños morales por entender que ocurren *in re ipsa* (y no *ipso jure*) en los casos de despidos lesivos de derechos de la personalidad, razón por la que se excluirá el estudio de la segunda forma de concebir la existencia del daño moral.

Se hará una explicación detallada según lo dicho en los párrafos precedentes, no sin antes sintetizar la aproximación realizada al daño moral según el propósito del razonamiento presuntivo del Pleno.

2.4. El razonamiento presuntivo del Pleno presume el daño moral entendido como *pretium doloris* en el marco de la responsabilidad por inexecución de obligaciones

Regresando a la discusión principal, tras la explicación brindada en las últimas secciones, es posible afirmar que lo que el razonamiento presuntivo del Pleno presume, a fin de cuentas, es el daño moral entendido como *pretium doloris*: se trata, entonces, de una afectación emocional pasajera, propia del ánimo del damnificado.¹⁷⁵

¹⁷⁵ Sobre el particular, es preciso tomar la noción brindada *supra*: “Así, el concepto de “daño moral”, al menos desde este trabajo, es aquella interferencia no permitida que lesiona derechos de la persona vinculados a su esfera existencial y a sus sentimientos (sin llegar a ser una psicopatía) en tanto intereses jurídicamente relevantes para el

Esto, en otros términos, quiere decir que a partir de la probanza de los hechos base, despido contrario a ley y lesión de derechos de la personalidad, al menos para el Pleno, *es presumible* el hecho presunto de la existencia de dichas afectaciones emocionales pasajeras los demandantes que hayan sido despedidos en los términos señalados.

Adicionalmente, el hecho de que se haya planteado el razonamiento presuntivo con dichos hechos base y dicho hecho presunto, no solo adelanta que, al menos, debe haber una conexión epistémica medianamente suficiente que los conecte -a través de una garantía sostenida en una máxima de experiencia, basada a su vez en una generalización válida-; sino que, de otro lado, presupone que los hechos base son los actos ilícitos que “normalmente” generan los daños morales que se presumen.

Al respecto, es importante recordar que tanto el despido como la lesión a derechos de la personalidad no son actos ilícitos aislados, sino que están vinculados a un marco contractual entre el empleador que sufrirá los efectos negativos que se deriven de dichos actos ilícitos.¹⁷⁶

Precisamente, para poder encuadrar el esquema de responsabilidad extracontractual según lo descrito *supra*, es necesario conocer cuáles son aquellos deberes u obligaciones contractuales que se han violado, como para poder catalogar a los hechos base indicados como verdaderos actos ilícitos.

A tal efecto, es cierto que en ningún contrato de trabajo hay alguna cláusula que expresamente señale “Está prohibido despedir ilegalmente al trabajador afectando sus derechos de la personalidad”. Sin embargo, el contrato de trabajo cuenta con intereses que van más allá de la sola relación laboral: existen una serie de intereses de protección que van más allá de las obligaciones expresas.¹⁷⁷ Dichos intereses, en el plano general, producen deberes en las partes contratantes que son adicionales al deber primario constituido por la prestación principal: precisamente el deber de garantizar la protección de la persona en cuanto tal (de la otra parte contratante).

ordenamiento. Por su parte, esta interferencia, de ser el caso, generará determinados efectos negativos pasibles de ser valorizados en dinero para ser indemnizados en el fuero sentimental de la persona, subjetivos pero perceptibles por el cerebro, temporales, efímeros y absolutamente distintos de la lesión de los mencionados derechos”.

¹⁷⁶ León, *La Responsabilidad Civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, 63-64.

¹⁷⁷ Adolfo di Majo, *La tutela civil de los derechos*, traducido por César E. Moreno More (Puno: Zela, 2023), 286.

Este deber de garantizar la protección personal surge a partir de una extensión del deber de buena fe contractual, que se materializa a lo largo de todas las etapas de la vida del contrato y tiene por finalidad principal enriquecer el contenido de la relación obligatoria principal.¹⁷⁸ Lo dicho, en el marco de un contrato de trabajo, implica extender el deber de buena fe contractual, regulado en el artículo 1362° del Código Civil peruano de la siguiente manera:

Artículo 1362°

Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

Como se aprecia, los contratos laborales (que no escapan de los deberes de buena fe) están directa e intensamente dirigidos por la buena fe y, por ende, de los deberes de protección personal: no regulan simplemente operaciones económicas, sino que tratan con la vida de personas de a pie, más allá de los intereses empresariales del empleador. Por tanto, existe para el empleador un deber de protección respecto del trabajador contratado, que supone, entre otras cosas, no dañarlo *en el marco y sobre las bases de la relación laboral*.

Así, se encuentra justificado afirmar que existe, aunque atípicamente, un “deber de no despedir ilegalmente lesionando derechos de la personalidad” derivado extensivamente de la buena fe que guía todas las etapas de los contratos de trabajo. Y, de otro lado, que del incumplimiento de dicho deber, es pasible la generación del daño moral entendido como *pretium doloris* en el marco de la responsabilidad por inejecución de obligaciones. Por ende, si el caso paradigma del presente trabajo está situado en la responsabilidad contractual, también le son aplicables los ya citados artículos 1329°, 1330° y 1331° del Código Civil peruano, según los cuales: se presume la culpa leve del deudor (1); y, de otro lado, se fija que la parte perjudicada (el trabajador) sea quien deba probar el dolo o la culpa inexcusable (2) y los daños (3).

En esa línea, pese a que la ley indica que es el perjudicado (trabajador) quien debe acreditar el dolo o la culpa, así como los daños y su cuantía,¹⁷⁹ el Pleno, *sui generis*, ha creado

¹⁷⁸ Di Majo, *La tutela civil de los derechos*, 287-290.

¹⁷⁹ Lo que, de hecho, es acorde con las normas procesales. El Código Procesal Civil peruano, como se hizo referencia *supra*, señala sobre la carga de la prueba:

Artículo 196° Carga de la prueba.

Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

De otro lado, la norma que regula el proceso laboral peruano, sobre el particular, indica:

y fijado el razonamiento presuntivo que entiende que los daños morales se dan *in re ipsa* en los casos de despidos contrarios a ley lesivos de derechos de la personalidad, forzando, como una presunción *hominis*, a que el empleador demandado sea quien debe probar que los daños no existieron.

Esta situación, justamente, es la que se analizará y criticará en la sección siguiente, que tratará de explicar qué implica entender a los daños morales como *in re ipsa* y qué problemas conlleva ello en el concreto caso del razonamiento presuntivo del Pleno.

3. Daños morales *in re ipsa*

3.1. Cuestiones preliminares

In re ipsa significa “en la cosa misma”. Por ello, cuando se hace referencia a “daños *in re ipsa*”, se está hablando de que el deber de indemnizar se genera sin necesidad de acreditar ningún efecto negativo concreto, pues basta con el hecho dañoso mismo para que se genere tal deber; es decir, bastará con la demostración de la acción u omisión generadora del daño para obligar a su autor a responder, presumiendo la existencia de los efectos negativos de dicha acción dañosa. Así, en los “daños *in re ipsa*” es imposible no hacer alguna referencia al clásico análisis de responsabilidad civil. Este análisis está compuesto por una serie de elementos: imputabilidad (1); ilicitud o antijuricidad (2); factor de atribución (3); nexo causal o relación de causalidad (4) y; daño (5).¹⁸⁰

En una situación dañosa analizada de forma regular, cada uno de estos elementos debe satisfacerse en orden a que sea posible atribuirle responsabilidad civil a un sujeto y que se le obligue a indemnizar a quien haya sido afectado por las consecuencias negativas de dicha acción dañosa. Pero, como se adelantó, el elemento “daño” (es decir, los efectos negativos derivados de la lesión de un interés protegido), a razón de determinadas consideraciones, no requiere comprobación en los casos de “daños *in re ipsa*”, pues se presume que existe.

Artículo 23° Carga de la prueba

23.1° La carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, sujetos a las siguientes reglas especiales de distribución de la carga probatoria, sin perjuicio de que por ley se dispongan otras adicionales.

¹⁸⁰ Brevemente: la imputabilidad es la capacidad de un sujeto de hacerse civilmente responsable por aquellos daños que cause (1); la ilicitud implica que el daño sufrido haya sido causado por una acción contraria al ordenamiento jurídico (2); el factor de atribución es el fundamento del deber de indemnizar, pudiendo ser subjetivo (dolo o culpa) u objetivo (riesgo no permitido) (3); el nexo causal es la vinculación entre el evento lesivo y las consecuencias negativas generadas a partir de dicho evento (4); el daño supone las consecuencias negativas de la lesión de un bien jurídico protegido por el ordenamiento jurídico (5).

Así, el daño *in re ipsa* implica presumir a los perjuicios por ser “evidentes”: se deducirían de los hechos en sí mismos, basándose en la comprobación del acto ilícito previo, por ser el perjuicio exterior de la víctima una consecuencia normal del mencionado evento lesivo.¹⁸¹ Es claro que las consideraciones a las que atenerse para afirmar que existen “daños *in re ipsa*” están directamente vinculadas con el interés protegido que se lesiona: dependerá de qué interés se trate para verificar si corresponde o no darles la característica de *in re ipsa* a los efectos negativos que se generen a partir de determinadas lesiones.

Específicamente sobre los daños morales, como se tratan de una afectación al fuero interno de las personas, el entender que existen *in re ipsa* supone aceptar que la demostración de los perjuicios (entiéndase como *danno-conseguenza* o efectos negativos de la lesión) exige únicamente la probanza de la lesión (*danno-evento* o lesión), ello a razón de que *lo normal* es que la afectación o lesión de ciertos derechos generaría en sí misma el menoscabo en los sentimientos y emociones del damnificado.¹⁸²

Aquí, la razón detrás de la presunción de la existencia de los efectos negativos del daño moral es, principalmente, un criterio de *normalidad*: es usual o socialmente aceptado que, de determinados eventos dañosos, la mayoría de las veces, se generen ciertos efectos negativos; aparte, en estos mismos casos es posible hallar dificultades probatorias para el dañado o alguna otra condición que justifique el establecimiento de la presunción de los efectos negativos del daño (como es el caso del daño moral).

¹⁸¹ Daniel Linares Avilez, “¿El dinero cura todas las heridas? Me parece que no. Reflexiones sobre el daño moral”, *THEMIS Revista de Derecho*, N° 71 (2017): 267 y ss., <https://doi.org/10.18800/themis.201701.017>. Una descripción similar sobre qué implican los daños *in re ipsa* puede encontrarse en Francisco Carlos López Rueda, “La indemnización de los daños morales a los pasajeros del Costa Concordia (STS 8 Abril 2015)”, *Revista de Derecho del Transporte*, N° 25 (2020): 181. En esta última referencia, basándose en la Sentencia del Tribunal Supremo Español del 11 de noviembre de 2003, se señala: “Mientras los daños morales consecuencia de una lesión o secuela requieren la prueba del daño físico, los daños morales no asociados a lesiones físicas se indemnizan de forma independientemente y sin necesidad de acreditación. La razón es que tales daños “derivan de sucesos tan notorios y graves” que no necesitan una determinada actividad probatoria. La realidad del daño puede estimarse existente, de conformidad con la doctrina de la *in re ipsa loquitur*, cuando resulte evidente conforme a las circunstancias concurrentes en el caso”. De hecho, así como los tribunales peruanos, los tribunales brasileros entienden que la prueba del daño moral es respecto del hecho dañoso (lesión de interés jurídicamente protegido) y no del perjuicio. Citando al Superior Tribunal de Justicia de Brasil: “La concepción actual de la doctrina se orienta en el sentido de que la responsabilidad del agente causante del daño moral opera por la fuerza del simple hecho de la violación (daño *in re ipsa*), sin tener que probar el daño” (Res. N° 23.575-DF del Superior Tribunal de Justicia de Brasil del 01 de setiembre de 1997). Estos comentarios han sido explicados en Mariana Cristina Garatini y Ana Luíza Figueira Porto, “A evolução da responsabilidade civil no direito constitucional contemporâneo: do dano moral *in nature* ao dano moral *in re ipsa*”, *Cadernos de Direito Actual*, N° 8 (2017): 406 y ss., <https://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/230>.

¹⁸² Fernández, *El daño no patrimonial y el daño moral...*, 43-44.

Por su parte, los efectos negativos *in re ipsa*, a nivel teórico, tienen como presupuesto su derrotabilidad: ello es así porque se presume la existencia de hechos (perjuicios/efectos negativos) los cuales *per se* tienen la posibilidad de ser sometidos a prueba en contra por parte del demandado en el marco de un proceso. Lo dicho se fundamenta, en principio, sobre la base de que el derecho sigue a la realidad y no al revés; por ende, por más de que se presuman los perjuicios, la realidad de los hechos prevalece, al menos desde una visión epistémica del proceso.¹⁸³

Así, en distintos ordenamientos jurídicos e incluso de forma supranacional, a nivel normativo y jurisprudencial,¹⁸⁴ se ha visto por conveniente fijar este tipo de presunciones en favor de las víctimas del daño, lo que procesalmente genera una inversión de la carga de la prueba: ahora el demandado debe probar que dichos efectos negativos no fueron sufridos por la víctima.

Cabe realizar el apunte de que, al presumir los efectos negativos del daño moral (entendido de la manera en que fue descrito *supra*), se genera la consecuencia práctica de que el demandado, tras la presunción, ahora tendrá la carga de probar que un hecho mental subjetivo (como la tristeza, la angustia, entre otros) no ocurrió en el pasado. Esta prueba de un hecho

¹⁸³ Así, “[...] no hay una relación *automática y necesaria*, sino sólo *constante y frecuente* entre algunos contextos lesivos y un daño existencial o afectivo como derivación”. Para profundizar más en algunas de las razones por las que el daño moral podría presumirse, ver Matilde Zavala de González y Rodolfo González Zavala, *La responsabilidad civil en el nuevo Código, Tomo III* (Ciudad de Córdoba: Alveroni Ediciones, 2018), 101 y ss.

¹⁸⁴ Hay algunos ejemplos, respecto de diferentes tipos de daño:

- La sección Tercera del Consejo de Estado del 17 de julio de 1992 en Colombia, que fija que los daños morales se presumen con la demostración del parentesco con la víctima: “Del parentesco cercano con la víctima se infiere el padecimiento moral que su muerte inflige a los suyos. El parentesco es indicio vehemente del daño moral”.
- Sentencia del Tribunal Supremo Español N° 516-2019 del 3 de octubre de 2019, que establece que se presume un daño mínimo en la violación de marcas, en aplicación de la doctrina del *res ipsa loquitur*.
- “Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México (2018), en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fijó que, respecto de madres, padres, hermanos y hermanas, se presume el daño a la afectación psíquica y moral de dichos familiares en caso de desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, violencia sexual y tortura (fundamentos 320 a 323).
- Real Decreto-ley 9/2017 español, de 26 de mayo de 2017, que en su artículo 76.3 establece que se presume que las infracciones calificadas como cártel causan daños y perjuicios salvo prueba en contra (traspuesto de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014).
- Tesis Jurisprudencial 1a./J. 165/2022 (11a.) de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, que establece que, en determinados supuestos, “[...] bastará probar el evento lesivo y el carácter del actor para que opere la presunción y el daño moral se tenga por probado y, consecuentemente, será el demandado quien deberá desahogar pruebas para revertir la presunción de la existencia del daño”.
- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (España), que establece: “En lo que respecta a la indemnización de perjuicios, se presume que éstos existen en todo caso de injerencias o intromisiones acreditadas, y comprenderán no sólo la de los perjuicios materiales, sino también la de los morales, de especial relevancia en este tipo de actos ilícitos”.

pasado, negativo y subjetivo será la única defensa posible con la que contará el demandado en los casos en los que se establezca un razonamiento presuntivo como el fijado por el Pleno.

A mayor abundamiento, y concordante con lo indicado, Gastón Fernández precisa que “[...] cuando se afirma que el daño moral “se presume”, esa presunción es el resultado, en la generalidad de los casos, de una actividad probatoria indirecta por indicios y presunciones, en donde se aplican las “máximas de la experiencia”, pero con una particularidad: esa presunción se extrae de la probanza de un solo hecho generador que tiene la suficiencia de producir la presunción [...] por su alta probabilidad [...]”.¹⁸⁵

El referido autor, además, añade que no se está relevando de prueba a quien alega daños morales, sino que se presume, aplicando máximas de experiencia y presunciones, que probar el hecho base constituido por la lesión, bastará para la verificación de los efectos negativos del daño moral, lo cual genera, de otro lado, una inversión de la carga probatoria respecto del demandado causante del daño: ahora tendrá que probar en contra del hecho presunto (daño moral) para descartarlo.¹⁸⁶

Bajo esta serie de ideas, Fernández ha defendido que los daños morales deben ser entendidos como *in re ipsa* en el Perú, proponiendo que es suficiente la demostración del hecho base para presumirlos *in re ipsa*, basándose en la teoría de Devis Echandía referida a los llamados “indicios necesarios” o, más rigurosamente, “indicios cualificados (de alta probabilidad o certeza práctica)”.¹⁸⁷

Fernández, basándose en este tipo de indicios, indica que para el caso de los daños morales, la prueba del hecho generador es justamente el indicio necesario o cualificado que demuestra también la existencia de los efectos que la lesión produce, es decir, del daño moral: se trata, para el autor, de una presunción *iuris tantum* que presume la existencia de los efectos negativos del daño a partir de las máximas de experiencia, invirtiendo la carga de la prueba, colocándola sobre el dañador, quien deberá probar que el daño no existió.

¹⁸⁵ Fernández, *El daño no patrimonial y el daño moral...*, 112.

¹⁸⁶ Fernández, *El daño no patrimonial y el daño moral...*, 108-110.

¹⁸⁷ Fernández, para hablar de “indicios necesarios” hace referencia a Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo II, 5ª Ed. (Bogotá: Temis, 2002), 611-612; y, de otro lado, para asimilar los indicios necesarios con los “indicios cualificados”, hace referencia a Roger Zavaleta Rodríguez, “Razonamiento probatorio a partir de indicios”, *Derecho & Sociedad*, N° 50 (2018): 214. A tal efecto, ver las citas 96 y 151 en Fernández, *El daño no patrimonial y el daño moral...*, 113 y 145.

Así, el profesor Fernández Cruz pone sobre la mesa todos los puntos importantes a cuestionar para poder responder de manera suficiente a quienes defienden que los daños morales deben ser entendidos *in re ipsa*: las presunciones jurídicas, las máximas de la experiencia y las reglas sobre la carga de la prueba.¹⁸⁸

Sin perjuicio de lo anterior, la forma en la que se establezca el razonamiento presuntivo impactará en cómo se debe entender a dicha presunción y a sus problemas. De esta manera, si la presunción es establecida como una regla,¹⁸⁹ impondrá una obligación en el juzgador de tener por probada la existencia de los efectos negativos del daño, generando la obligación de reparar para el autor de la acción dañosa. Aquí cabrá la posibilidad de probar en contra, salvo se fije como una presunción *iuris et de iure*, caso en el que aplicarán las consideraciones sobre este tipo de “presunciones” explicadas en la sección anterior.

Por el contrario, si la presunción de daños *in re ipsa* se trata más bien de una presunción *hominis* (como de hecho ocurrió en el concreto caso del Pleno criticado), *esta será aplicada al caso concreto bajo el criterio del juez en la etapa de la valoración de la prueba* (esto es, después de haber escuchado a las partes), quien no solo deberá fundamentar la presunción a nivel de corrección y fiabilidad, sino que también deberá explicar por qué la aplica en el caso concreto.

Sin embargo, por más de que el establecimiento de este tipo de presunciones respecto de los efectos negativos del daño moral tenga una buena intención detrás, lamentablemente cuenta con problemas difíciles de superar, tanto para cuando se establezca como regla, como para cuando se establezca como presunción *hominis*, siguiendo la línea del Pleno criticado.

Se analizarán estos problemas a continuación teniendo como referencia a la presunción de daños morales derivados de despidos lesivos de derechos de la personalidad, con lo que se verificará que no es adecuado establecer una presunción de daños morales *in re ipsa* como regla ni como presunción *hominis* en estos particulares casos.

¹⁸⁸ A efectos de lo señalado, ya en el primer capítulo del presente trabajo se cuenta con apartados exclusivos para críticas tanto al razonamiento presuntivo del Pleno como tal, a cómo este no se encuentra fundado en una máxima de experiencia adecuada y cómo altera las reglas de la carga de la prueba de forma errada. Por tanto, en la sección sucesiva, se harán referencias a lo ya mencionado.

¹⁸⁹ Aquí, vale la pena incidir en que la implicancia de que se trate de una regla es que esta, a diferencia de un principio, supone una obligación legal bajo determinadas circunstancias que es “de todo o nada”. Ello supone que el juez no podrá cumplir con tener por probada la existencia de los efectos negativos del daño “en determinado grado”: por el contrario, o los tiene por probados (cumpliendo la regla) o no los tiene por probados (incumpléndola). Sobre el particular, Ronald Dworkin, “*The Model of Rules*”, *University of Chicago Law Review*, vol. 35 (1967): 22 y ss, <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol35/iss1/3>.

3.2. Crítica a los hechos base del razonamiento presuntivo que sustenta concebir al daño moral como *in re ipsa* en los términos propuestos por el Pleno

A manera de respuesta a la idea de que los hechos base propuestos en el razonamiento presuntivo del Pleno son suficientes para poder presumir el efecto negativo “daño moral”, en este apartado se justificará por qué el despido contrario a ley y la lesión de derechos de la personalidad no son suficientes para tener por probado el hecho presunto.

Y es que, darles a estos hechos base la etiqueta de “indicios necesarios” o “indicios cualificados”, señalando que no es que generen una mera “posibilidad”, sino que, en efecto, generan “probabilidad” (mayor factibilidad de ocurrencia), no los hace verdaderamente cualificados o probables: el grado de probabilidad de ocurrencia de los hechos es cognoscible.¹⁹⁰

Es posible medir con qué porcentaje de fiabilidad de un hecho “X” sucederá otro hecho “Y”, incluso, las ciencias tratadas de manera seria señalan cual es el porcentaje de error en el estudio de las probabilidades de ocurrencia de un hecho: una discusión distinta es si la probabilidad (medida en porcentajes) de ocurrencia de un hecho sea o no suficiente; o, de otro lado, si su margen de error resulta aceptable o asumible como para decir que de “X” se puede presumir razonablemente “Y”.

Esta idea preliminar ya es crítica pues, en buena cuenta, afirmar que los daños morales deben ser entendidos *in re ipsa* en todos los casos. Esa es una conclusión que no es del todo correcta. Las presunciones basadas en máximas de experiencia requieren, como se indicó *supra*, sostenerse en una generalización universal o lo más cercano a ello: es necesario que, empíricamente, exista alguna validación racional y objetiva de la conexión entre el hecho base y el hecho presunto, pues, de lo contrario, la presunción carecerá de validez y utilizarla será injusto. Por lo tanto, entender que los daños morales se dan *in re ipsa* parece ser una cuestión que atiende más al caso concreto, pues no en todos (es más, casi en ninguno) existen bases empíricas sólidas que sustenten presunciones de este tipo.

Sin perjuicio de lo señalado, a continuación se brindarán razones más precisas de por qué los concretos hechos base del razonamiento presuntivo del Pleno no satisfacen las

¹⁹⁰ Fernández, *El daño no patrimonial y el daño moral...*, 145-146.

consideraciones antes mencionadas: de las lesiones que implica cada uno de los hechos base no es posible colegir suficientemente la existencia del daño moral.

3.2.1. Sobre el despido contrario a la ley

Como ya se había esbozado previamente, para poder hablar de la existencia de un “perjuicio”, es necesario que exista una lesión a un interés o derecho que lo genere. Así, cuando desde el razonamiento presuntivo se propone que el daño moral se presume, se hace a partir de creer que basta la probanza de las lesiones que lo generan para darlo por probado.

En dicha contextualización, el Pleno ha seleccionado a la demostración de la ilegalidad del despido como uno de los hechos base a probar en orden a que se pueda presumir el daño moral. En esa línea, desde la misma conclusión del Pleno que contiene el razonamiento presuntivo es posible verificar que el despido contrario a ley el único derecho o interés que lesiona es el derecho al trabajo:

En las pretensiones indemnizatorias derivadas de un despido inconstitucional, incausado, fraudulento o arbitrario declarados judicialmente como tales; el daño extrapatrimonial invocado a título de daño moral, que comprende además al daño a la persona y otros similares; no cabe presumir la existencia del daño moral, y su existencia deberá ser acreditada ya sea con medios probatorios directos o indirectos, salvo los casos en los que *además de vulnerarse el derecho al trabajo*, también se hubieran vulnerado otros derechos fundamentales como el honor, la dignidad y otros derechos de la personalidad, en cuyo caso deberá presumirse el daño moral [...]. (énfasis añadido)

La conclusión misma ya reconoce que la lesión que generaría la ilegalidad del despido es la lesión al derecho al trabajo, pues, alude a que cuando, conjuntamente, otros derechos se hayan lesionado (justamente la lesión de estos otros derechos constituyen el segundo hecho base que sostiene el razonamiento presuntivo del Pleno), entonces procederá la presunción del daño moral.

Entonces, la verdadera pregunta a responder es si la lesión al derecho al trabajo causa necesariamente daños morales, o al menos con un alto grado probabilidad lo genera. Más allá del conocimiento que el juez puede tener del posible sufrimiento del trabajador a partir de la

empatía,¹⁹¹ no se cuenta con una base empírica sólida que conecte la lesión al derecho al trabajo con la existencia del sufrimiento emocional traducible a “daño moral”.

En cualquier caso, como se hizo mención anteriormente, lo objetivo y real en todos los casos es que perder el empleo genera que la persona despedida se vea desprovista de los ingresos que percibía a razón de dicho empleo. Sin embargo, la falta de dinero es temporal (hasta que la persona consiga otro empleo) y, de hecho, se encuentra cubierta desde la propia ley: la indemnización tarifada del artículo 38° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo justamente está creada para resguardar la estabilidad económica del trabajador que ha sido despedido durante el tiempo que le tome reposicionarse laboralmente.¹⁹²

En esta línea, es incorrecto plantear que el despido contrario a ley que lesiona el derecho al trabajo es un hecho base suficiente para presumir la existencia del daño moral como efecto negativo que afecta el fuero emocional y anímico del damnificado. Serán, por el contrario, las lesiones a esos otros derechos (derechos de la personalidad) las que eventualmente podrían justificar un resarcimiento y no el despido aisladamente.

No obstante, a continuación se verificará si de las lesiones a los derechos de la personalidad se colige, al menos con un alto grado de probabilidad, la existencia del daño moral.

3.2.2. Sobre la lesión de derechos de la personalidad

El segundo hecho base es la lesión a derechos de la personalidad: la defensa de la inviolabilidad e importancia de estos derechos ha sido ampliamente defendida a lo largo de la doctrina. Sin que se trate de todas las posiciones existentes al respecto, ya desde la doctrina francesa se propone, para el específico caso de afectación a los derechos de la personalidad, que exista una especie de “sanción automática” en caso se lesionen este tipo de derechos.

Esto ha sido sostenido por Jourdain, quien basándose en el derecho civil francés y en el realce de la importancia de los derechos de la personalidad, entendidos como derechos subjetivos de naturaleza extrapatrimonial, afirma que podrían presumirse los elementos de la responsabilidad civil (el daño y otros) a partir de la sola prueba de la lesión.¹⁹³

¹⁹¹ Al respecto, verificar lo expuesto *supra* desde la pág. 41 en adelante.

¹⁹² León, *La Responsabilidad Civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, 64.

¹⁹³ Patrice Jourdain, “Los derechos de la personalidad en búsqueda de un modelo: la responsabilidad civil”, traducido del francés por Milagros Koteich Khatib, *Revista de Derecho Privado*, N° 20 (2011): 2 y ss., <https://revistas.uextornado.edu.co/index.php/derpri/issue/view/306>.

En la misma línea, se ha sostenido que las lesiones a derechos de la personalidad son indemnizables a razón de la inherencia de dichos derechos a la persona: serían tan íntimos y propios de la dignidad, que la afectación *per se* es suficiente.¹⁹⁴

Otro argumento utilizado para sostener que de la sola lesión del derecho se genere el deber de indemnizar es que, en ciertos ordenamientos jurídicos, la ley ha determinado, a partir de aceptar la imposibilidad de probar los efectos negativos psíquicos derivados de la lesión, que esta es considerada en sí misma la fuente de la obligación de indemnizar del autor del hecho dañoso¹⁹⁵ a razón de dicha imposibilidad.

De manera similar, Guido Alpa indica que alguna norma debe señalar qué derechos son inviolables, así como precisar que de la sola vulneración de estos surgirá el remedio del resarcimiento del daño; en su defecto, quien decida el carácter inviolable podrá ser el intérprete: el mencionado autor afirma que en el caso en el que sea el intérprete quien decida qué “sanción de derecho civil” se aplique como remedio tras la lesión del derecho inviolable, tendrá que considerar la posibilidad de la acción de resarcimiento de daño extracontractual.¹⁹⁶

Sin perjuicio de lo anterior, podría decirse que al menos a nivel local, probablemente la construcción más completa al respecto ha sido realizada por Leysser León. El referido autor resalta la gran importancia de los derechos de la personalidad, calificándolos como “[...] situaciones subjetivas que carecen de un punto de referencia material y externo, y cuyo objeto no puede ser visto fuera de la esfera del titular”.¹⁹⁷ Es por ello que considera que la tutela correspondiente a las lesiones de dichos derechos ha de ser necesariamente inhibitoria: según su visión, resulta necesario proteger *preventivamente* estos derechos para poder, desde la responsabilidad civil, tener algún efecto que logre evitar que se generen dichas lesiones.

¹⁹⁴ Caridad del Carmen Valdés Díaz, “Protección civil a los derechos inherentes a la personalidad”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 68, N° 271 (2018): 447 y ss., <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2018.271.65327>.

¹⁹⁵ Esto, por ejemplo, ha ocurrido en el derecho brasileño, pues es su propio Código Civil que establece en el art. 12° que puede exigirse el cese de una amenaza o una lesión a los derechos de la personalidad, así como reclamar las pérdidas y daños correspondientes (tanto de la amenaza como de la lesión), ello sin perjuicio de otras sanciones que sean previstas por ley, tal como lo señalan Fachetti y Figueira, “La lesión a los derechos de la personalidad...”, 183 y ss.

¹⁹⁶ Para mayor detalle, revisar la sección dedicada a “La Persona” en Guido Alpa, *Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil*, traducido del italiano por Leysser León Hilario (Lima: Jurista Editores, 2006). Aunque, como ya se explicó, el caso paradigmático establecido en el razonamiento presuntivo del Pleno está necesariamente enmarcado en la responsabilidad civil por la inejecución de obligaciones: rodea al despido y a la lesión de derechos de la personalidad un contrato de trabajo que vincula al empleador y al trabajador.

¹⁹⁷ Leysser León Hilario, *Segundo Cuaderno de Trabajo: Derecho a la Intimidad y Responsabilidad Civil. El refuerzo de los derechos fundamentales a través de los remedios civilísticos* (Lima: Departamento Académico de la PUCP, 2006), 40.

Esta postura supone ya no ver a la responsabilidad civil únicamente desde su función “resarcitoria” (para el autor, el dinero no puede resarcir este tipo de afectaciones: no resulta posible restituir la situación del afectado cuando se lesionan sus derechos de la personalidad), sino verla también desde sus facetas punitiva y preventiva. Lo que ocurrirá será que el afectado será “compensado” y no “reparado”, buscando, con el dinero, la atenuación de la afectación o, en otras palabras, el alivio de su sufrimiento.

De esta manera, si se le brinda un carácter irreparable a la lesión de los derechos de la personalidad, cualquier suma de dinero que se otorgue aplicando las reglas de responsabilidad civil a dicha lesión no podrá constituir ni resarcimiento ni indemnización: se tratará más bien de una pena privada que, como se indicó, tiene una finalidad preventiva¹⁹⁸ y, en efecto, sancionadora.

Este planteamiento, por su parte, tiene fundamento no sólo en el desarrollo de la legislación civil,¹⁹⁹ sino también en lo sostenido doctrinariamente respecto de la violación de derechos fundamentales: para el referido autor, esta no representa más un daño-consecuencia, sino un daño-evento resarcible en sí mismo.²⁰⁰

Así, León defiende la identificación de un “principio personalístico” en el ordenamiento jurídico peruano, según el que “[...] se extiende la protección jurídica inmediata incluso a los derechos emergentes (los llamados “nuevos derechos”) de la personalidad, a través de una “lectura dinámica” de la Constitución [...]”.²⁰¹ Así, aunque con matices,²⁰² propone que los jueces peruanos inicien de esta forma el camino hacia el resarcimiento del daño moral tras la prueba de la lesión de derechos de la personalidad.

¹⁹⁸ León, *Segundo Cuaderno de Trabajo*, 33-35.

¹⁹⁹ El profesor Leysser León, indica que en materia de voces de daño indemnizables, el daño moral se reduce a todo lo que afecta a los sentimientos, pero que no son como tal determinables ni reparables con dinero. De otro lado, como precedente, indica que el Código Civil peruano de 1936 ya se hacía referencia a ciertas indemnizaciones punitivas cuando la víctima del daño era un funcionario público o un sacerdote, para agravar el monto del “resarcimiento”.

²⁰⁰ A tal efecto, Francisco Eguiguren Praeli, *La libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal. Su desarrollo actual y conflictos* (Lima: Palestra Editores, 2004), 106, citado en León, *Segundo Cuaderno de Trabajo*, 38. Eguiguren es citado por León para justificar que la vulneración de la intimidad personal y familiar se produce con la sola intromisión externa o perturbación no autorizadas en las áreas privadas o reservadas: básicamente, desde el daño-evento.

²⁰¹ León, *Segundo Cuaderno de Trabajo*, 39.

²⁰² El autor resalta, insistentemente, que se trata de una figura de la doctrina italiana, de manera que no es correcto importarla sin más, ignorando la evolución y las etapas que dicha figura conllevó en su realidad originaria.

Ahora bien, aparentemente estos planteamientos pueden resultar razonables desde una perspectiva civil, sin embargo, al momento en el que se les mira desde una perspectiva procesal y más epistémicamente rigurosa, se caen.

Sobre el particular, se tienen, al menos, las críticas que se expondrán a continuación, las cuales ven desde una visión menos idealista a los derechos de la personalidad y, más bien, además de descartar a la responsabilidad como forma de tutelar dichos derechos, justifican por qué no hay una vinculación necesaria entre la lesión de tales derechos y la generación del sufrimiento emocional o daño moral.

3.2.2.1. Primera crítica: *ex facto oritur ius.*-

La primera crítica es que la realidad no deja de prevalecer por encima del derecho. Como se explicó antes, la realidad dice que son posibles tres opciones: daño sin dolor, dolor sin daño, y, dolor y daño a la vez. Picó i Junoy, con esta atenta distinción, logra aclarar, aunque tal vez sin querer, que el derecho tiene límites internos: no siempre de la lesión de un derecho generará un perjuicio (dolor) indemnizable y por eso no es del todo correcto que se asuma que en todos los casos hay un nexo necesario entre lesión y perjuicio.

Es posible decir, a manera de ejemplo, que exponer la intimidad de una persona en redes sociales no basta como para que se haya generado un perjuicio indemnizable; de hecho, es posible realizar la publicación en un medio idóneo y que esta no haya sido vista por ningún usuario. Siguiendo el ejemplo, al derecho sí se le puede exigir que sancione de alguna manera la sola conducta de publicar algo íntimo de otra persona en redes sociales, ello con la finalidad de que no se realicen estas acciones en la sociedad. Pero para ello ya se cuenta con el derecho sancionador (ya sea con sanciones penales o con sanciones administrativas) y con entidades controladoras de actividades reguladas, mientras que la responsabilidad civil, clásicamente, se ha encargado de resarcir cuando existen perjuicios efectivos y no meras exposiciones a perjuicios.²⁰³

Respecto de la lesión a los derechos de la personalidad como hecho base del razonamiento presuntivo del Pleno, la sola lesión del derecho no resulta suficiente para presumir

²⁰³ A modo de ejemplo de protección de tipo preventiva: el derecho penal ya cuenta con delitos de peligro abstracto y peligro concreto. De otro lado, las entidades administrativas controladoras de actividades reguladas, ya cuentan con facultades sancionadoras que podrían evitar la lesión de estos derechos o, más bien, la sola exposición (concreta o abstracta) al perjuicio.

la existencia del daño moral. Existen supuestos en los que el trabajador no sufrirá daños morales (1).

En específico, piénsese en los casos en los que el trabajador no tuvo dificultades para obtener un nuevo trabajo pese a ser despedido alegando hechos falsos como su “ineptitud”, “falta de probidad” o “falta de eficiencia” (afirmaciones que lesionan derechos de su personalidad pero que, en el caso concreto, no hayan generado perjuicios indemnizables). O, por ejemplo, que por el contrario, dejar de realizar esas labores le quitan un peso de encima, le causan un alivio, o le permiten tomar un descanso. Incluso el haber culminado el vínculo laboral con un empleador puede haberle permitido conseguir, prontamente, el empleo de sus sueños.

Alternativamente, es cierto que todas las personas cuentan con niveles de susceptibilidad diferentes: habrá quienes sufran y quienes no, por lo que la existencia del sufrimiento debería ser dilucidada con prueba en el caso concreto. Cada persona externaliza de forma diferente sus emociones, de manera que la prueba del sufrimiento en el caso concreto será requerida para acreditar la existencia de las afectaciones morales.

También puede argüirse que los daños morales surgirán a razón de otras causas (2). Primero, el despido como tal no genera el daño moral. Como se hizo referencia, resulta equivocado asumir que “la pérdida intempestiva de la fuente de ingresos” generará los daños morales, pues no es posible afirmar que ello tendrá el mismo impacto anímico en todos los trabajadores despedidos; serán, más bien, las condiciones que rodean o motivan el despido las que generarán dichas afectaciones, las cuales son igual de variables.

Adicionalmente, la existencia de situaciones colaterales es infinita e imprevisible para el empleador; lo único que puede “presumirse” es la culpa leve del empleador respecto de lo que le resulte previsible, ello según lo estipulado en el artículo 1329° del Código Civil peruano (al menos a nivel local), lo cual es insuficiente de una u otra forma: la aflicción o el sufrimiento del trabajador no es previsible para el empleador, ya que el empleador no tiene la obligación de conocer la situación particular de cada trabajador ni su susceptibilidad.²⁰⁴ Entonces, si el mismo padecimiento emocional puede tener varias causas coexistentes, resulta contra epistémico

²⁰⁴ Piénsese que el trabajador puede estar cursando por miles de distintas complicaciones en su vida: alimentos, un divorcio, el fallecimiento de un familiar, endeudamiento, entre otros. Todas y cada una de estas situaciones alternas son imprevisibles para el empleador (tampoco tiene obligación de conocer de estas situaciones) y cada una puede generar angustia, congoja, tristeza: tan igual que un despido contrario a ley que afecte un derecho de la personalidad. Entonces, cabe preguntarse en qué medida el despido es peor o agrava la situación emocional previa que ya pesaba sobre el trabajador.

afirmar que basta con la lesión de un derecho de la personalidad para presumir que, a razón de esta lesión, existe el daño moral. Incluso, bajo ciertas atentas posturas,²⁰⁵ es posible considerar que los daños morales no son mensurables (3) ya no sólo por la típica explicación personalista que le da una calidad de invaluable a todo lo humano (incluido su sufrimiento y sus emociones); sino que, cuando se afecta el fuero emocional de una persona, se presume equivocadamente que esta se encuentra en un estado emocional óptimo o siquiera estable. Para medir el grado de la afectación o para verificar si hubo afectación, es necesario conocer el estado inicial para compararlo con el estado actual posterior a la afectación.

Por consiguiente, si no se conoce el estado previo a la lesión del derecho de la personalidad, difícilmente se sabrá si esta generó el “estado actual” post lesión o si se trató de alguna causa diferente: con mayor razón no puede aceptarse pasar de la lesión directamente a presumir el daño, pues será requerido un esfuerzo probatorio mínimo si se pretende una indemnización a título de daño moral en razón de los padecimientos emocionales derivados de dicha lesión. Al respecto, también es posible diferenciar entre un estado previo o inicial de “estabilidad emocional” sobre el que podría medirse el detrimento comparándolo con la situación posterior a la afectación y un condicionamiento emocional previo (4), que supone que cada persona tiene una disposición emocional anterior a la afectación que varía en cada sujeto. Sobre este último punto, siguiendo a Posner, es posible seguir el siguiente esquema sobre cómo las emociones aparecen en las personas y afectan su conducta:²⁰⁶

Figura 4 Esquema de influencia de las emociones sobre la inversión emocional

inversión → estímulo → acto → final

- estado emocional -

Fuente: Eric Posner (2000, p. 8)

²⁰⁵ Bruno Tapia Cornejo, *El derecho de las obligaciones. La prueba del daño moral en la jurisprudencia* (Lima: Instituto Pacífico, 2022), 134. El autor expresa lo siguiente:

Se parte de la idea de que todas las personas antes de un accidente o perjuicio se encuentran emocionalmente estables. Esta presunción no se encuentra justificada ya que no existe una cultura de velar por nuestra estabilidad emocional, menos aún un registro de cómo es que se encuentran las personas emocionalmente (vía test psicológico) cada cierto tiempo. En ese sentido, la afirmación de afectación emocional queda en un primer nivel en una idea de presunción, por lo que deberá ser acreditado mediante un determinado medio de prueba [...] por lo que expresar que el otorgamiento del daño moral se encuentra justificado en procurar regresar al estado emocional anterior, no es posible en la medida que no era posible conocerlo.

²⁰⁶ El gráfico y las ideas han sido tomadas de Eric Posner, “*Law and the Emotions*”, *Georgetown Law Journal*, N° 103 (2000): 8 y ss., https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/303/.

El autor propone que las emociones²⁰⁷ no afectan en un plano anímico raso a las personas. Las personas tienen una primera etapa de “inversión”, en la que cada sujeto ha trabajado (para bien o para mal) en su disposición emocional: esto afecta directamente en su temperamento y en las capacidades y recursos con los que cuenta cada quién para lidiar con emociones sobrevinientes.

Luego, siguiendo el esquema, cuando aparezca algún estímulo, este actuará sobre la base de la mencionada disposición emocional del sujeto, generando un estado emocional nuevo y diferenciado del estado emocional previo al estímulo. Dicho estado emocional llevará al sujeto a temporalmente realizar acciones consistentes con el nuevo estado hasta que este culmine, situación en la que podrá volver al estado emocional anterior al estímulo o pasar a uno nuevo.

El punto relevante para este argumento es que, el sentir de las personas es tan infinitamente variable según su condicionamiento emocional previo y la intensidad de la afectación, que resulta extremadamente complejo contar con un sustento epistémico sólido para pasar directamente de la lesión del derecho de la personalidad a presumir la existencia del daño moral.

3.2.2.2. Segunda crítica: la responsabilidad civil no es una vía idónea para evitar actos ilícitos.-

La segunda crítica es que la responsabilidad civil no es la solución a la falta de protección de los derechos de la personalidad vía “tutela inhibitoria”. Al respecto, es necesario iniciar diferenciando tajantemente a los actos ilícitos del daño. De un lado, los actos ilícitos son aquellas acciones contrarias a derecho, mientras que el daño será el perjuicio jurídicamente relevante que se derive, aunque en un plano muy diferente, del acto ilícito.²⁰⁸

Si se piensa en una situación en la que se ha generado un daño, se cuenta primero con un plano que analiza sólo el actuar del causante del daño. En este plano se verifica la corrección

²⁰⁷ Corresponde indicar que Posner entiende que las emociones son fenómenos psicológicos que reúnen las siguientes características: normalmente son creadas por estímulos que ocurren en el mundo, los cuales afectan a las personas a través de la cognición o desde un mecanismo neurológico más primitivo (1); de otro lado, las emociones tienen una cierta “sensación” o afecto caracterizado por estar enfocado a un estímulo particular, situación que hace que el resto del entorno “pierda importancia” en cierto grado dependiendo de la intensidad de la emoción (2); finalmente, las emociones están acompañadas normalmente de cambios psicológicos, sin embargo, no hay una correspondencia del todo estricta entre las distintas emociones y los estados psicológicos, pues las emociones tienen un componente mental irreductible (3).

²⁰⁸ Renzo Ivo Cavani Brain, “¿Qué es la tutela inhibitoria? Entendiendo el proceso civil a partir de la tutela de derechos”, *Gaceta Civil y Procesal Civil*, N° 8 (2014): 176-177.

de sus acciones con las normas que le prohíben dañar a otros. Este actuar contrario a derecho puede contravenir principios o reglas que norman la interacción de los sujetos libres, deviniendo en una infracción de sus deberes. De otro lado, en un plano muy diferente, está el daño causado a partir de la interacción injusta. Por ello, es “[...] un grave equívoco pensar que el daño es un elemento constitutivo del ilícito”.²⁰⁹

Como se aprecia, hay una vinculación entre el acto ilícito y el daño causado; de hecho, son correlativos: ello es así porque, al final, la vulneración a un derecho ostenta una connotación bilateral. De un lado se vulnera el derecho y de otro se infringe un deber dado por una norma de interacción.²¹⁰ Ello, sin embargo, no hace que formen parte del mismo plano ni justifica que se deben combatir con las mismas herramientas jurídicas.

Entonces, ligando lo anterior con el específico tópico de la tutela inhibitoria, cabe señalar que esta forma de tutela supone una protección anterior del derecho material contra actos ilícitos. Por ello, puede decirse que, a diferencia de la tutela de remoción del ilícito (que elimina los efectos del ilícito una vez este se ha consumado), la tutela inhibitoria es aquella que impide que se generen dichos actos ilícitos (impide ilícitos futuros, su reiteración o su continuidad).²¹¹ Ninguna de las dos es una forma de tutela contra el daño.

Y, aplicando lo dicho a la intención de proteger los derechos de la personalidad mediante la responsabilidad civil, si se quiere hacer referencia a la tutela inhibitoria como una forma de tutela del derecho material *contra el ilícito*, no puede confundirse esta forma de tutela con aquellas formas de tutela *contra el daño*, como sí lo es la responsabilidad civil.²¹²

Por esta razón, apelar a “las funciones alternas de la responsabilidad civil” (como la preventiva y la sancionadora) para proteger la lesión de derechos de la personalidad, al menos desde lo expuesto en este trabajo, no es del todo adecuado dadas las distinciones entre el ilícito y el daño y las formas de tutela existentes para cada figura.

²⁰⁹ Cavani, “¿Qué es la tutela inhibitoria?...”, 177.

²¹⁰ Diego Papayannis, “Responsabilidad por el dolor causado y sufrido”, en *Ensayos de Filosofía del Derecho privado*, editado por Juan Antonio García Amado y Diego Papayannis (Lima: Palestra Editores, 2020), 163 y ss.

²¹¹ Cavani, “¿Qué es la tutela inhibitoria?...”, 181-182.

²¹² Cavani, “¿Qué es la tutela inhibitoria?...”, 183-184. Verificar específicamente la nota al pie 31: aquí se explica con claridad que la tutela contra actos ilícitos es la tutela inhibitoria y la tutela de remoción del ilícito; por otro lado, no obstante, se encuentra la tutela contra el daño, conformada principalmente por la tutela reparatoria y la tutela resarcitoria: la primera repara el daño según el pedido del dañado y la segunda resarce en dinero, no siendo la segunda opción posible de aplicar si es posible satisfacer la primera *in natura*.

Si la responsabilidad civil (tutela contra el daño) es usada para “prevenir”, castigando, las lesiones a los derechos de la personalidad (que son actos ilícitos), parece más bien que se quiere dar un protagonismo a determinada área del derecho para la tutela de los derechos existiendo otras que no sólo pueden hacerlo de forma efectiva, sino que les es más propio hacerlo. Y es que, el ilícito civil sólo importa para la responsabilidad civil como sistema si es que existe un daño concreto, probado y mensurable, porque el ilícito no es sancionable en sí mismo por la responsabilidad civil: requiere del daño como un parámetro final que permite la traducción pecuniaria que sustenta el resarcimiento.²¹³

Entonces, lo que se ha propuesto es que el proceso civil, de forma genérica, cuente con vías que permitan una adecuada prevención del derecho material. Para el concreto caso de los derechos de la personalidad, considerando que su sola afectación es, técnicamente, imposible de reparar (en términos de responsabilidad civil como mecanismo de tutela contra el daño), es necesario pensar en procedimientos cuya técnica procesal permita la ejecución real de una tutela preventiva: que impidan efectivamente la vulneración o lesión de los derechos de la personalidad.²¹⁴

Para ello, dicha técnica procesal tendría que sancionar la sola ilicitud de la conducta, sin buscar la reparación de daños, pues dicho elemento queda fuera del análisis por pertenecer a otra técnica de tutela del derecho material; siendo incluso suficiente con la demostración de la sola probabilidad del acto contrario a derecho: para que se trate de una tutela verdaderamente inhibitoria, tiene que ser posible sancionar sobre la base de la sola amenaza de lesión a un derecho de la personalidad.²¹⁵ Ninguna de estas características es ofrecida directamente por el sistema de responsabilidad civil actual.

Adicionalmente, existen hechos que naturalmente tienen consecuencias en distintos ámbitos dentro del derecho. Por ejemplo, un accidente de tránsito: tendrá una connotación penal, pues las lesiones generadas a la víctima del accidente son consideradas un delito; por otro lado, los daños producidos a la víctima (daño emergente, lucro cesante, daños morales) son

²¹³ Álvaro Pérez Ragone, “La tutela civil inhibitoria como técnica procesal civil de aplicación de los principios de prevención y precaución”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 28, N° 1 (2007): 213, <https://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/645>.

²¹⁴ Pérez, “La tutela civil inhibitoria como técnica procesal...”, 215-218.

²¹⁵ Pérez, “La tutela civil inhibitoria como técnica procesal...”, 218 y 224. Adicionalmente, Pérez señala, siguiendo a Marinoni, que una tutela de dichas características tiene tres clases de “acciones inhibitorias”: acción inhibitoria que busque impedir la práctica de un acto lesivo (1); acción inhibitoria que busque impedir la repetición de un acto lesivo (2); y acción inhibitoria que busca impedir la continuación del acto lesivo.

de carácter civil y tendrán que ser reparados por dicha vía; finalmente, es muy posible que se sancione administrativamente al autor por la conducta, pues, siguiendo el caso, de haber seguido las normas de tránsito correspondientes (no pasarse la luz roja, por ejemplo) hubiese evitado el accidente.

En ese sentido, administrativamente podría fijarse sanciones para el acto ilícito de despedir de forma contraria a ley (sanción cuya cuantía podría agravarse en caso se verifique la lesión de un derecho de la personalidad, si se quiere), respetando incluso la tipicidad y otros principios del derecho sancionador, incluyendo baremos de proporcionalidad y demás criterios útiles para garantizar los derechos del sancionado.

No hay ninguna motivación que sustente por qué debe ser la responsabilidad civil, entendida desde sus presupuestos tradicionales, la vía que el sistema adopte como más idónea para la protección en forma preventiva de los derechos de la personalidad.²¹⁶ Por el contrario, la responsabilidad civil sí que se encuentra encargada de la protección de las víctimas contra el daño mensurable y probado que se deriven de dichas lesiones.

3.2.2.3. Tercera crítica: lesionar un derecho de la personalidad puede tener consecuencias palpables.-

Finalmente, la tercera crítica es que la voz “daño moral” tiene manifestaciones emocionales específicas. Pareciera que se busca negar que las lesiones a los derechos a la personalidad tienen manifestaciones emocionales. Es como si se hubiese querido cubrir a tal extremo a estos derechos que se les entiende como inmaculados y “valiosos” en sí mismos. Eso es, por supuesto, falaz, ya que ninguna construcción jurídica en abstracto es relevante para la persona *per se*: estas construcciones normativas abstractas cobran relevancia cuando se manifiestan en la persona como afectaciones tangibles.

Así, el derecho a la libertad personal, por ejemplo, lesionado en abstracto no es importante para la vida de una persona; más bien, cuando vea su libertad en concreto constreñida o perjudicada, recién cobrará relevancia. De la misma forma, los derechos de la personalidad: cuando se lesionan, son pasibles de generar afectaciones emocionales típicas

²¹⁶ Rubens Limongi França, “Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais”, *Revista dos Tribunais: RT, São Paulo*, vol. 72, N° 567 (1983): 47 y ss., <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/165572>. Al respecto, ya desde el siglo pasado se han propuesto tanto las respuestas constitucionales, penales y administrativas para la protección de los derechos de la personalidad. El detalle es que no existe una justificación mayor de por qué elegir una vía u otra, o si es válido usar dos o más vías simultáneamente o incluso alternativamente.

dentro de lo que doctrinal y jurisprudencialmente se protege a partir de la voz “daño moral” en el ordenamiento jurídico peruano.

Por tanto, si las lesiones a derechos a la personalidad pueden tener manifestaciones emocionales calificables como daño moral, no se explica por qué no exigir su probanza, tal como se realiza con cualquier otra voz de daño.

De esta forma, ha quedado demostrado por qué la lesión de los derechos de la personalidad no resulta un hecho base suficiente para que de su sola acreditación se demuestre la existencia del hecho presunto constituido por el daño moral. Como se ha podido analizar, existen demasiados límites a la conexión entre este hecho base y el hecho presunto, suficientes como para que sea razonable decir que no es “evidente” ni *in re ipsa* que de la lesión de los derechos de la personalidad se generen daños morales.

3.3. Crítica a las formas de establecimiento de daños morales *in re ipsa*

3.3.1. Presunción de daños morales *in re ipsa* establecida como regla

Habiendo realizado las críticas a los hechos base que la presunción fijada por el Pleno toma como base para presumir el daño moral, es preciso recordar que, como se mencionó previamente, existen diversas formas de fijar un razonamiento presuntivo, los cuales tendrán consecuencias particulares y distintas. Es posible que las presunciones se establezcan como regla del legislador, como regla de la judicatura y como presunción *hominis*.

Atendiendo a esta particular sección, una presunción de estas características que sea establecida como una regla supone generar *una obligación* en el juzgador de dar por probado²¹⁷ el hecho presunto si se comprueba el hecho base. Ello, en principio, es derrotable demostrando que, en la realidad, el hecho presunto no existió.

No obstante, el hecho de que la presunción de daños morales *in re ipsa* haya sido establecida como regla hace que esta sea conocida de manera previa por los intervinientes en el

²¹⁷ A estos efectos, debe entenderse que cuando un hecho se tiene por probado a partir de una presunción no es exactamente lo mismo cuando se tiene un hecho por probado de manera general. En la primera forma, el hecho se tiene por probado porque la regla que establece la presunción así lo ordena; en la segunda forma, el hecho se tiene por probado porque, del resultado final de la actividad probatoria que se ha desarrollado a favor o en contra del hecho, habiendo atendido a los medios probatorios aportados al proceso. Así, que algo se tiene por probado supone que se haya tomado en consideración todos los elementos de juicio disponibles a favor o en contra de la corroboración del hecho en cuestión. Este segundo sentido, en el que “está probado un hecho x” como sinónimo de “hay elementos de juicio suficientes a favor de x”, ha sido desarrollado ampliamente en Jordi Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª Ed. (Madrid: Marcial Pons, 2005) 27-38.

proceso: la conoce el juez, lo que le permitirá dirigir el contradictorio tomándola en consideración (1); la conoce el demandante, por lo que pretenderá utilizar la presunción a su favor intensificando su labor probatoria respecto del hecho base (2); y la conocerá el demandado, tanto antes de iniciado el proceso (porque tiene la obligación de conocer el derecho vigente, o al menos se presume que lo hace) y al momento de ser notificado con el escrito de demanda, en el que verá que el demandante ha invocado la aplicación de dicha presunción, por lo que desde la contestación de la demanda podrá ejercer una defensa que evite la aplicación de la presunción en su contra (3).

Pareciera que los derechos procesales del demandado bajo esta forma de establecer la presunción no se ven gravemente vulnerados: al conocer con anterioridad la regla de presunción, “tiene” la posibilidad de defenderse a través de la contestación de la demanda y actos de defensa posteriores, en contradictorio.

Sin embargo, aún queda preguntarse si el establecimiento de esta presunción como regla es adecuado o no. Para responder a esto último, es importante recordar que el establecimiento de una presunción como regla puede darse desde el legislador o desde la judicatura, pues dependiendo de cómo se haya fijado, tendrá consecuencias diversas.

3.3.1.1. Presunción de daños morales in re ipsa establecida como una regla del legislador.-

Si la presunción como regla es establecida por el legislador, es posible afirmar que tiene la legitimidad para ello. Aplicando el caso paradigma del presente trabajo, una ley que fije que los efectos negativos del daño moral (hecho presunto) se presumen si se acredita un despido contrario a ley que afecte derechos de la personalidad (hecho base), es formalmente correcta. Es posible afirmar, caritativamente, que dicha ley se ha creado tomando en cuenta algún criterio de conveniencia y algún grado de vinculación epistémica entre el hecho presunto y el hecho base (base empírica suficiente).

Pero, si se analiza el fondo detrás de esta norma, es posible encontrar, al menos, un problema vinculado a la conveniencia del establecimiento de la regla. Cabe preguntarse por qué es que, en primera instancia, el legislador decidió crear la regla: debe existir en la realidad alguna situación problemática que puede mejorar a partir de la nueva asignación de carga probatoria que haría la presunción.

En el caso del daño moral, es claro que su probanza es más compleja que la de otros hechos, pues requiere muchas veces, para su prueba directa, de asistencia técnica profesional:

un psicólogo o un psiquiatra, mediante la práctica de *test* psicológico y/o pericias, puede generar una prueba (al menos indiciaria) más objetiva, sólida y epistémicamente correcta para el proceso. A lo dicho, en el caso de los despidos contrarios a ley que afecten derechos de la personalidad, puede sumarse que los trabajadores han perdido su fuente de ingresos y que normalmente no tienen una posición económica suficientemente elevada como para asumir el pago de una prueba como la descrita.

Si bien esta situación es complicada, vale la pena pensar en la situación probatoria en la que quedarían los demandados de establecerse esta presunción. Mientras que para los trabajadores demandantes la principal dificultad para probar los efectos negativos del daño moral era de acceso económico a la prueba psicológica, para los empleadores demandados ya no solo será acceder a dicho tipo de prueba, sino que se les exigirá probar un hecho *negativo* (tendrán que probar que el trabajador no sufrió dichos efectos negativos), *mental* (pues se trata de daño moral) y *del pasado* (pues el proceso puede iniciar semanas después del acto dañoso, y la contestación de la demanda, donde ejercerá su defensa, mucho después).²¹⁸

Esto quiere decir que, mientras que la principal dificultad para el demandante es económica, para el demandado, tras el establecimiento de la presunción, es tener que aportar una prueba casi diabólica, que supone probar un hecho negativo, mental y del pasado, lo que es sustancialmente más complicado que exigir la probanza por parte de quien alega el daño, de manera acorde con las reglas sobre carga de la prueba, aunque la prueba requerida sea costosa y el objeto de prueba difícil de probar.

Por si lo anterior no fuese suficiente, considerando el tiempo que puede transcurrir desde el evento dañoso y la primera oportunidad para defenderse de la aplicación de la presunción que tendría el demandado en caso esta se estableciera, lo más probable es que cualquier prueba que este pueda aportar para probar en contra del hecho presunto carezca de toda fiabilidad. Es comúnmente aceptado que los medios probatorios que aportan información respecto de hechos

²¹⁸ En el caso peruano, por ejemplo, si el 1 de enero de 2023 un trabajador es despedido, tiene 30 días calendario para interponer la demanda. Suponiendo que lo hiciera el 20 de enero de 2023, la demanda debe aún ser calificada y admitida para que se le corra traslado a la parte demandada. La demanda puede ser declarada inadmisibile, brindándose más plazo para subsanar al demandante y solo después de que se subsane, será notificada al demandado; la demanda también puede ser declarada improcedente, para lo cual el demandante puede apelar la decisión y semanas después pueden darle la razón en la instancia que corresponda y que recién se admita la demanda para ser notificada al demandado. A ello se le suma el plazo para contestar la demanda. Como se aprecia, existen múltiples razones por las que el hecho generador del daño dista, temporalmente, de manera amplia de la primera oportunidad que tiene el demandado de ejercer una defensa que restrinja el uso de la presunción, en caso se establezca.

mentales, traumas, afectaciones psicológicas, entre otros, tienen mayor grado de fiabilidad entre la práctica del *test* psicológico o pericia sea más próxima a la generación de la afectación.

Ello es así debido a que lo que finalmente el experto (psicólogo) analiza es el testimonio de quien ha sufrido: la persona que ha sido despedida ilegalmente y con afectación a alguno de sus derechos de la personalidad tendrá que transmitirle al experto en qué ha consistido su sufrimiento, el cual es un hecho del pasado.

En ese sentido, lo que hará la víctima será recordar su sufrimiento para trasladarle el conocimiento de tal hecho al experto, quien lo valorará para poder dictaminar la existencia real del sufrimiento que se alegue, así como su intensidad y/o gravedad. El detalle es que la memoria es frágil y el paso del tiempo, junto con otros factores, la afectan y generan inconsistencias y errores (más allá de las mentiras) en las declaraciones que realiza quien *recuerda*.²¹⁹ De hecho, la memoria “[...] no graba la realidad tal cual es, sino que la interpreta y la reconstruye”,²²⁰ no obstante, si bien puede darse el caso de que los testimonios sean fiables y exactos, esto es altamente improbable.²²¹

Dentro de los factores que pueden afectar la memoria, la doctrina ha diferenciado entre los fallos de percepción, vinculados a las dificultades en la observación de la situación o de los hechos objeto de los recuerdos, y los fallos en la recuperación de los recuerdos, vinculados

²¹⁹ En palabras de Ramírez Ortiz:

“[...] la memoria no solo se basa en la pura percepción sensorial, sino en el trasfondo cultural de quien percibió el hecho y en las inferencias probables que realizó sobre aspectos no percibidos, basadas en esos conocimientos previos. Por otra parte, la falta de correspondencia entre el testimonio y la realidad no encuentra causa principal solo en la mentira, sino también en otros factores tales como el olvido, que opera cuantitativa y cualitativamente (olvidamos más datos y más selectivamente, por lo que el recuerdo tiende a hacerse «redondo») y la sugestión, que puede suprimir la memoria real e inducir recuerdos falsos, aun de forma involuntaria, por malas prácticas de los investigadores que protagonizan los interrogatorios en función del contenido y forma de las preguntas que realicen”;

José Luis Ramírez Ortiz, “El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género”, *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, vol. 1 (2019): 215, https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i0.22288.

²²⁰ Antonio L. Manzanero, “La psicología del testimonio. Obtención y análisis de las declaraciones de testigos”, en *Manual de Prueba Pericial*. Coordinado por Carmen Vázquez (Ciudad de México: Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación), 297, <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/manuales-de-actuacion>. En el mismo sentido, Luis Miguel Quejereta, “Validez y credibilidad del testimonio. La psicología forense experimental”, *EGUZKILORE*, N° 13 (1999): 161, <http://hdl.handle.net/10810/25430>. De la misma forma, Fernando Luna Salas, “Fiabilidad de la prueba testimonial: breve análisis desde la psicología del testimonio y los errores de la memoria”, *Revista Prolegómenos*, vol. 24, N° 48 (2021): 58-59, <https://doi.org/10.18359/prole.5701>.

²²¹ Giuliana Mazzoni, *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*, traducido por José Manuel Revuelta (Madrid: Trotta, 2010), 19-20.

principalmente al olvido por el paso del tiempo y a las alteraciones de los recuerdos derivadas de hechos sobrevinientes.²²²

Dejando de lado factores que podrían variar según el caso,²²³ sólo haciendo referencia al tiempo entre el suceso y la recuperación de los recuerdos al respecto (*retention interval*), es posible afirmar que no hacen falta más que unos segundos de intervalo para afectar la memoria.²²⁴

De forma específica, cuando se trata de recordar hechos a largo plazo,²²⁵ normalmente se accede al recuerdo por grados, lo que supone realizar un esfuerzo volitivo en recordar: ello lleva necesariamente a una serie de pensamientos, muchas veces inconscientes, que más que “recordar”, conducen al sujeto a “reconstruir” su memoria a partir de una serie de informaciones relativas al hecho. Esta serie de datos correlativos (algunos más relevantes que otros) van apareciendo paso a paso dentro del proceso de recuperación de la memoria, los cuales claramente son más vagos e inexactos conforme haya pasado más tiempo, por lo que normalmente afectan la integridad y la exactitud del recuerdo.²²⁶

Por ende, incluso si el demandado lograra que se le practique al demandante una pericia al momento de contestar la demanda, lo normal sería que el valor probatorio de dicha pericia vea reducido drásticamente su valor probatorio por carecer de fiabilidad suficiente en razón del

²²² Vitor de Paula Ramos, *La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y epistemología* (Madrid: Marcial Pons, 2019): 116-139.

²²³ Siguiendo a Vitor de Paula Ramos en la obra previamente referenciada, de un lado (dentro del grupo de los fallos en la percepción), la duración del suceso traumático, la edad de quien atestigua, el efecto del estrés sobre la memoria, el consumo de alcohol y otras sustancias; y, de otro lado (dentro del grupo de los fallos en la recuperación de los recuerdos), la información posterior al suceso recibida por quien atestigua y las formas en las que el testimonio de esta persona es indagado por el experto.

²²⁴ De Paula, *La prueba testifical...*, 133-135. En el texto, el autor hace referencia a un estudio realizado por Donald L. King *et al.*, “*The Length of the Retention Interval, Forgetting, and Subjective Similarity*”, *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*, vol. 28, N° 4. Según tal estudio, bastaba con una diferencia de pocos segundos de exposición a la información que debía recordarse para que hubiera una diferencia sustancial del porcentaje de error en la memoria tratándose de un recuerdo solicitado mediante una prueba inmediata. En lo sucesivo, Vitor de Paula, refiriéndose a otros estudios, señala que la misma prueba obtuvo incluso mayores errores en la memoria una vez transcurridos cuatro días.

²²⁵ Si se quiere, más específicamente, se trata de la memoria a largo plazo en su variedad de memoria episódica, la cual preserva información de eventos particulares en la vida de una persona. Para mayor detalle, Alejandro Solís Espinoza, “Psicología del testigo y del testimonio”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, N° 53 (2000): 1041-1042, <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200001.032>.

²²⁶ Mazzoni, *¿Se puede creer a un testigo?*, 54-59. En el mismo sentido, sosteniendo que se trata de una “reconstrucción” más que de un “recuerdo”, Margarita Diges, *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos. Estudios de psicología forense* (Madrid: Trotta, 2016): 86.

tiempo transcurrido. Así, el demandado se queda sin posibilidades efectivas de defensa ante la aplicación de la presunción.²²⁷

3.3.1.2. Presunción de daños morales *in re ipsa* establecida como una regla de la judicatura.-

Del otro lado, si el daño moral *in re ipsa* es fijado como regla por los jueces, al menos a nivel nacional, ello tendría que ser fijado por un acuerdo (plenos jurisdiccionales, acuerdos plenarios, precedentes vinculantes, entre otras figuras) que, según determinadas condiciones, sea vinculante. Al daño moral *in re ipsa* fijado como regla por los jueces le son aplicables las mismas consideraciones anteriores cuando la regla haya sido fijada por el legislador; sin embargo, existen inconvenientes respecto de la legitimidad (1) y respecto de la regla de experiencia que conectaría el hecho base con el hecho presunto (2).

Sobre el primer inconveniente vinculado a la legitimidad (1), es necesario recordar que las presunciones fijadas como regla asignan una carga probatoria que no sigue el parámetro general de que quien alega un hecho tiene el deber de probarlo; por lo tanto, son verdadera norma procesal sobre el deber de probar determinado hecho para no perder el proceso en un extremo específico.²²⁸

Si bien en muchas ocasiones los jueces tienen la facultad de establecer, en el caso concreto, cargas probatorias dinámicas o incluso pueden invertirlas, ello deviene necesariamente de una habilitación legal pues, en esencia, están modificando el proceso mismo: tanto la constitución peruana como otras del sistema continental han establecido una reserva de ley para la fijación de normas procesales y, evidentemente, los jueces no detentan facultades

²²⁷ Como es posible evidenciar, este argumento no solo es aplicable a los casos en los que se haga referencia a los despidos contrarios a ley que afecten derechos de la personalidad; nótese que, en realidad, es posible que sea aplicado en cualquier otro caso en el que se busque presumir los efectos negativos del daño moral.

²²⁸ Y es que, no es lo mismo que exista un deber de realizar un acto (como aportar determinado medio probatorio al proceso) y que exista la obligación de alcanzar un resultado (como probar determinado hecho en el proceso). Entonces, a lo mejor parece justo exigir la aportación de algún medio probatorio relevante a quien lo posee o tiene acceso más sencillo al mismo, sin embargo no es del todo razonable exigir, además de la aportación de dicho medio probatorio, que con ello se alcance suficiencia probatoria bajo la consecuencia de perder el proceso. Aquí necesariamente se trata de lo segundo, pues, como se ha visto hasta el momento y según se profundizará en adelante, de aplicarse una presunción de daños morales que “invierte” la carga probatoria, si el demandado no prueba que el demandante no sufrió dichos daños, quedará “probado” a nivel procesal que sí los sufrió, más allá de si en la realidad tal hecho ocurrió o no. Estas ideas pueden ser más estudiadas en Jordi Ferrer Beltrán, “La carga dinámica de la prueba”, 76-77.

legislativas. Por eso, el solo hecho de que los jueces establezcan mediante acuerdos normas que alteren el proceso ya es problemático.²²⁹

Sin embargo, si se atiende a una crítica en términos más epistémicos que la legitimidad, el segundo inconveniente vinculado a la regla de experiencia que conecta el hecho base con el hecho presunto (2) es aún más grave.

Aunque se desarrollará de forma más detallada posteriormente, el principio detrás de las reglas de experiencia es que estas deben ser autosuficientes,²³⁰ ello quiere decir que el juez, para poder utilizar válidamente una regla de experiencia en un razonamiento presuntivo, no debe requerir ni valorar otros hechos del caso concreto, ni otros medios de prueba para poder tener por acreditado algún hecho controvertido.

Así, tomando el caso de los despidos contrarios a ley que afecten derechos de la personalidad, más allá de la empatía como única vía para conocer el fuero interno del demandante, el juez no tiene otra manera de creer que la regla que proviene de su experiencia es válida: a lo mejor, el juez, poniéndose en el lugar del trabajador despedido, cree que lo normal es que se generen daños morales tras su cese. Esto, por supuesto, es muy poco riguroso como para establecer, a partir de dicha “regla de experiencia”, una presunción como regla de carácter general, máxime si existen otros métodos que resultan mucho más objetivos, y a veces indispensables, para poder llegar a la verdad sobre dichos hechos. Por tanto, una regla de presunción de daños morales *in re ipsa* fijada por los jueces resulta ilegítima y la presunción en sí misma carece de rigurosidad epistémica por existir inconsistencias en la regla de experiencia que la sustenta.

²²⁹ La función que tienen los plenos jurisdiccionales es, en estricto, el *establecer reglas interpretativas uniformes entre los jueces respecto de materias controvertidas*, sin embargo, no tienen facultades para establecer reglas procesales. Ello siguiendo la reciente modificación del artículo 112° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que señala lo siguiente:

Artículo 112°. Plenos jurisdiccionales y acuerdos plenarios

Los integrantes de las Salas Especializadas pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial.

Los jueces de las Salas Especializadas de la Corte Suprema pueden reunirse y aprobar, por mayoría absoluta, reglas interpretativas que serán de obligatorio cumplimiento e invocadas por los magistrados de todas las instancias judiciales. En caso de que los magistrados decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar su resolución, dejando constancia de las reglas interpretativas que desestiman y de los fundamentos que invocan.

²³⁰ Correa, “La presunción de hecho como figura jurídica...”, 131 y ss.

3.3.2. Presunción de daños morales *in re ipsa* establecida como presunción *hominis*

La principal distinción entre que la presunción de daños morales *in re ipsa* sea fijada como regla y como una presunción *hominis* es que, mientras que la regla era conocida antes de iniciado el proceso, cuando se trata de una presunción *hominis*, su aplicación es en el caso concreto y en el momento en el que el juez valora la prueba. En este grupo es posible encontrar tanto a aquellas presunciones que se realizan en los casos concretos y a aquellos “acuerdos” no vinculantes a los que llegan los jueces de forma previa al proceso (por ejemplo, un pleno jurisdiccional no vinculante por no ser supremo, al menos a nivel local).

En estos supuestos, ni el juez, ni el demandante, ni el demandado conocen con anterioridad al inicio del proceso si se aplicará o no la presunción, pues, todo dependerá del criterio del juez al momento de valorar la prueba.

Así, para cuando se establece una presunción de daños morales *in re ipsa* como presunción *hominis*, serán aplicables las consideraciones anteriores para cuando la judicatura creaba una regla de presunción: el juez no tiene la legitimidad para modificar, en específico, estas reglas procesales (salvo sea expresamente habilitado por ley para ello) y, además, cualquier regla de experiencia que pueda brindar el juez sobre un estado mental (como lo es la angustia, la congoja, etc.) estará basada en la empatía, lo cual no es suficientemente riguroso como para fijar una presunción.

Sin perjuicio de lo anterior, el problema mayor se presenta si se analiza la situación del demandado ante una presunción *hominis* de este tipo. El demandado habrá ya pasado por los actos postulatorios y habrá ejercido su defensa a lo largo de toda la instancia, momento en el que los autos quedarán listos para sentenciar. En este momento, el juez valorará la prueba aportada por las partes, así como sus alegaciones y argumentos, ello con la finalidad de fijar cuáles serán los hechos que tendrá por probados según los medios disponibles, para luego aplicarles las consecuencias normativas que corresponda.

Normalmente, si un hecho controvertido y alegado por la parte no queda demostrado, entonces, el juez tendrá que indicar que dicho hecho no ha sido probado y, por ende, no se podrá aplicar la consecuencia normativa pretendida por la parte, desestimando ese extremo de su petitorio. Sobre el particular, Correa, haciendo referencia a lo señalado por Wassermeyer, indica que, en teoría, cuando existiera una situación de improbanza por la que el juez deba desestimar determinada sección el petitorio y, a la vez, este rechazo sea, a juicio del juez, injusto, el juez

“deberá” buscar llegar a otra solución más “justa”, entre otras formas, mediante la aplicación de presunciones *hominis* que den un resultado procesal inverso.

Esta salida, para los autores mencionados, debe ser eliminada por vulnerar principios procesales y de derecho material, pues estas presunciones estarían afectando directamente en la carga de la prueba en base a una mera probabilidad proporcionada por el criterio del juez.²³¹ Esta investigación comparte la postura antes mencionada, sin embargo, corresponde añadir algunas consideraciones.

Lo primero a mencionar es que, la probabilidad que sustentaría la afectación a la carga de la prueba está basada en una falacia *petitio principii*. Esta falacia tiene la siguiente estructura:

- a) Premisa 1: p implica q
- b) Premisa 2: p existe
- c) Conclusión: Por ende, q existe

Como se aprecia, la conclusión a la que se arriba ya se encuentra incluida en las premisas, pues si p supone q , necesariamente si p existe, también existirá q . Lo dicho es aplicable bajo la siguiente lógica a lo anterior:

- a) Premisa 1: el juez debe invertir el resultado procesal si desestimar una sección del petitorio le es “injusto”
- b) Premisa 2: el resultado procesal es “injusto” para el juez
- c) Conclusión: el juez debe invertir el resultado procesal

Se trata, entonces, de una justificación circular que supone creer, aunque sin mayor sustento, en la premisa 1, la cual ya presupone la conclusión. Este razonamiento no genera valor justificativo alguno. No existe una debida demostración de que la premisa 1 es verdadera (de hecho, las reglas procesales generalmente ordenan declarar infundada la demanda cuando no se prueba lo alegado); por lo tanto, es falaz afirmar que el juez debe invertir el resultado procesal de considerarlo “injusto”.

²³¹ Correa, “La presunción de hecho como figura jurídica...”, 147-148.

En segundo lugar, mientras que en las presunciones de daños morales *in re ipsa* establecidas como regla existía una situación que dejaba casi indefenso al demandado (el paso del tiempo le impide realizar prueba en contrario efectiva y fiable contra el hecho presunto en su contestación de demanda), en las presunciones de daños morales *in re ipsa* fijadas como presunción *hominis*, el demandado recién toma conocimiento de la aplicación de la presunción en la sentencia.²³²

Aquí, en principio, el demandado ya no se encuentra en una etapa procesal que permita la aportación de nuevas pruebas y, en caso se aplicasen figuras como la prueba de oficio o la prueba extemporánea, ninguna de estas podrá ser fiable en un grado suficiente debido al simple paso del tiempo (el demandado conoce de la aplicación de la presunción en la sentencia al final de la instancia, esto es meses después que en el caso anterior, que al menos la conocía al contestar la demanda), ello al menos para las pruebas directas.

Finalmente, lo tercero a tratar es la supuesta situación “injusta” a la que arriba el juez ante una situación de improbanza. Como se mencionó, lo normal es que se declare infundada una pretensión si no se acreditan los hechos alegados en esta. Así, fijar una presunción *hominis* de daños morales *in re ipsa* en la valoración probatoria supondría que, en el caso concreto, declarar infundada determinada pretensión resulte “injusto” y que, por ello, se emplee dicha presunción para invertir el resultado procesal a uno “justo”.

En este caso, sin que el demandante haya probado la existencia y cuantía del daño moral, el juez presumirá dichos elementos a partir de que en el proceso se haya probado determinado hecho base (que podría ser, por ejemplo, un despido contrario a ley que afecte derechos de la personalidad o cualquier otro hecho). Para que ello ocurra, declarar infundada una pretensión sin medios probatorios que la soporten debería ser algo injusto, pero es evidente que no es el caso.

En otras figuras,²³³ es posible realizar determinadas presunciones al momento de valorar la prueba. Por ejemplo, ocurre en ocasiones que el demandante se encuentra imposibilitado de

²³² En este caso, de ocurrir en primera instancia es posible realizar un control de la valoración de la prueba vía apelación. Al tratarse de errores inferenciales y no de percepción, el juez de la segunda instancia no tiene que haber estado en presencia de la actuación probatoria (a propósito de la inmediación) para poder perfectamente determinar que una inferencia o razonamiento presuntivo *hominis* resulta infundado. Ello siguiendo a Jordi Ferrer Beltrán, “El control de la valoración de la prueba en segunda instancia: inmediación e inferencias probatorias”, *Revista Cubana de Derecho*, vol. 1, N° 1 (2021): 270-271, <https://revista.unjc.cu/index.php/derecho/article/view/50>.

²³³ Esta es la figura del *res ipsa loquitur*, que funciona de la siguiente manera:

acreditar la culpabilidad del demandado, pero, estando acreditados los efectos negativos del daño y el evento dañoso, el juez puede inferir (presumir) la existencia necesaria de una negligencia como única causante del evento dañoso. En dicho caso, invierte la carga probatoria y presume la culpabilidad del demandado.

En otros supuestos, el medio probatorio idóneo para sustentar alguna pretensión del demandante está en posesión del demandado, quien, por no convenir a sus intereses, no lo aportará al proceso. En dichos casos, normalmente es aceptado que se invierta la carga probatoria, pues de cara a los hechos controvertidos del proceso (sin considerar los intereses privados de las partes), quien está en mejor posición para aportar dicha prueba es quien la posee.²³⁴

No obstante, ninguna de estas situaciones ocurre en el caso del daño moral, a propósito del caso de los despidos contrarios a ley que afecten derechos de la personalidad: quien está en la mejor posición para probar los efectos negativos del daño moral es la víctima, pues está más próxima a su propio sufrimiento y, por ende, a generar prueba suficiente del mismo.

De otro lado, el demandado ni siquiera conoce si el demandante sufrió o no sufrió, tampoco ostenta prueba alguna que favorezca a la demostración de la existencia de los efectos negativos del daño moral. Sin mayor explicación, pareciera que en el caso del daño moral generado por despidos contrarios a ley que afecten derechos de la personalidad, el juez presumiría la existencia de los efectos negativos del daño por razones externas.

Por ejemplo, la dificultad probatoria de un estado mental (como lo son los efectos negativos del daño) o las dificultades económicas del demandante para acceder a alguna prueba

-
- a) Paso 1: existe un evento dañoso sin explicación judicial según los medios probatorios aportados en determinado proceso.
 - b) Paso 2: el juez analiza el criterio de imputación (por dolo o por culpa) y, verificando los hechos del caso, determina si es posible inferir (presumir) que existe necesariamente una negligencia, pues, de lo contrario, sería imposible la existencia del evento dañoso y del daño.
 - c) Paso 3: el juez presume, como mínimo, la negligencia del demandado, siempre que no haya pruebas que demuestren que fue diligente. Así, invierte la carga probatoria, siendo el demandado quien deba probar su diligencia.

Para mayor detalle, en especial sobre los principios para la aplicación del *res ipsa loquitur*, consultar a Alfredo Bullard González, “Cuando las cosas hablan: el *res ipsa loquitur* y la carga de la prueba en la responsabilidad civil”, *THEMIS Revista de Derecho*, N° 50 (2005): 223 y ss., <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8774>.

²³⁴ Piénsese, por ejemplo, en un caso en el que la pretensión del demandante verse sobre el pago de beneficios sociales pero que el demandado jamás le haya entregado boleto de pago alguna al demandante. Aquí el hecho de que el demandado posea la prueba correspondiente para sustentar la pretensión del demandante justifica que se invierta la carga probatoria, pues declarar infundada la pretensión del demandante resultaría injusto ante su imposibilidad de probanza.

suficiente que permita acreditar su sufrimiento (*test* psicológico, pericias), aunque sea por una agrupación de indicios. Ninguna de estas problemáticas tiene por qué pesar sobre el demandado ni se soluciona dejándolo en indefensión.²³⁵

De esta forma, quedan evidenciados los profundos problemas que trae consigo el presumir la existencia de daños morales *in re ipsa* a partir de una presunción *hominis*, ya que la situación probatoria queda incluso peor que en el caso del establecimiento de dicha presunción como regla y porque no existe situación injusta alguna que justifique el juez, en la valoración probatoria, invierta la carga probatoria en favor de un demandante que no cumplió con demostrar aquello que alegó.

Finalmente, queda decir que si en cualquiera de los dos supuestos desarrollados (daños morales *in re ipsa* fijados como regla o mediante presunción *hominis*) la presunción de efectos negativos del daño moral se establece como una presunción *hominis* y con carácter *iuris et de iure*, la situación empeora, pues, además de todos los problemas descritos anteriormente, el demandado ni siquiera podrá probar en contra del hecho presunto pues ello estará prohibido.

Por lo expuesto, es preciso concluir que no es aceptable presumir los efectos negativos del daño moral si son entendidos *in re ipsa*. Hasta aquí las críticas vinculadas al daño moral como hecho a presumir desde el razonamiento presuntivo criticado, el cual, como se ha podido explicar a lo largo de estos apartados, debe probarse al menos desde los propios términos del Pleno.

A continuación, como se indicó anteriormente, corresponde analizar cuáles fueron las motivaciones que tuvo el Pleno para establecer el razonamiento presuntivo criticado, para lo cual, tras una revisión de la documentación proporcionada por el Poder Judicial, se han extraído y reconstruido tres argumentos que, en su momento, motivaron la adopción del razonamiento presuntivo respecto del daño moral: el criterio de normalidad (1), la dificultad probatoria para el demandante (2) y la aceptabilidad social (3). En la sección siguiente, se realizarán las críticas correspondientes.

²³⁵ En todo caso, si al Estado le interesa que determinado sector que se ve normalmente perjudicado tenga las posibilidades de acceder a cierto tipo de medio probatorio, debe ser el Estado mismo quien garantice la disponibilidad de dicho medio probatorio y su accesibilidad a todos los ciudadanos.

4. Argumentación propuesta por el pleno y sus fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales: una crítica desde la racionalidad

Los argumentos propuestos por el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral 2019 Tacna, respecto de la conclusión que fija que los daños morales se presumen cuando existan despidos contrarios a ley que afecten derechos de la personalidad, son los siguientes:

- a) Existe un criterio de normalidad: “normalmente” cuando hay despidos contrarios a ley que afectan derechos de la personalidad, existe sufrimiento en los despidos.²³⁶
- b) Existe una dificultad probatoria para el demandante: el daño moral, como objeto de prueba, es subjetivo y el acceso a medios probatorios eficaces para acreditarlo es

²³⁶ A favor de este argumento en la documentación del pleno:

- Mario Ackerman, *Tratado de Derecho del Trabajo*. 2ª Ed. (Buenos Aires: Rubiznal, 2014), 267-273.
- Corte Superior de Justicia de Lima, Cuarta Sala Laboral Permanente, Resolución S/N del Exp. N° 24797-2014-0-1801-JR-LA-10, 2018. En la decisión principal.
- Corte Superior de Justicia de Lima, Cuarta Sala Laboral Permanente, Resolución S/N del Exp. N° 09161-2015-0-1801-JR-LA-14, 2018. Tanto en la decisión principal como en los votos singulares.
- Corte Superior de Justicia de Lima, Cuarta Sala Laboral Permanente, Resolución S/N del Exp. N° 26379-2015-0-1801-JR-LA-09, 2018. Tanto en la decisión principal como en los votos singulares.
- Corte Superior de Justicia de Ancash, Sala Laboral Permanente, Resolución N° 13 del Exp. N° 01264-2018-0-0201-JR-LA-01, 2018.
- Corte Suprema de Justicia de la República, Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, Casación N° 25119-2017 Callao, 2018.

En contra del argumento:

- César Puntriano Rosas, “Crítica al pago de una indemnización por daño moral como consecuencia de un despido arbitrario”, *Soluciones Laborales – Gaceta Jurídica*, N° 104 (2016): 15-23.
- Oxal Ávalos Jara, “La indemnización por despido arbitrario no cubre el íntegro de los daños ocasionados, sino sólo las contingencias económicas originadas por el cese”, *Soluciones Laborales – Gaceta Jurídica*, N° 104 (2016): 229-236.
- Corte Superior de Justicia de Lima, Cuarta Sala Laboral Permanente, Resolución S/N del Exp. N° 24797-2014-0-1801-JR-LA-10, 2018. En la decisión principal.
- Corte Superior de Justicia de Lima, Cuarta Sala Laboral Permanente Resolución S/N del Exp. N° 18339-2015-0-1801-JR-LA-07, 2018.

Posiciones neutras:

- Augusto Medina Otazú, “Desentrañando los efectos del despido arbitrario: El daño moral. A propósito de la Casación N° 699-2015-Lima”, *Soluciones Laborales – Gaceta Jurídica*, N° 104 (2016): 24-29.
- Carlos Fernández Sessarego, “Daño a la persona y daño moral en la doctrina y en la jurisprudencia latinoamericana actual”, *THEMIS Revista de Derecho*, N° 38 (1998):179-209.
- Felipe Osterling Parodi, “Indemnización por daño moral”, *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil*, N° 2 (2010): 345-361.
- Claudia Bahamondes, “Daño moral por despido injustificado”, *Cuadernos de Análisis Jurídico*, N° 1 (2004): 253-270.
- Ramón Domínguez Águila, “Reparación del daño moral por despido injustificado”, *Revista Chilena de Derecho*, N° 2 (1998): 431-445.
- Corte Superior de Justicia de Lima, Cuarta Sala Laboral Permanente, Resolución S/N del Exp. N° 15967-2014-0-1801-JR-LA-12, 2017.

limitado, por tanto, existe una dificultad probatoria para el demandante que requiere ser revertida.²³⁷

- c) Es socialmente aceptado que despedir ilegalmente afectando derechos de la personalidad causa sufrimientos calificables como daño moral.²³⁸

Sin perjuicio de que el pleno y la documentación proporcionada por el Centro de Investigaciones Judiciales (disponible en línea²³⁹), no existe una mayor construcción argumentativa que justifique la conclusión criticada. Sólo hay una enunciación de la conclusión y un recopilado de los textos y jurisprudencia empleados; así, de la revisión de dicha documentación es que se han extraído los argumentos indicados previamente.

4.1. Sobre el criterio de normalidad

Este argumento, como se indicó, supone que, para los jueces, lo que ocurre normalmente tras un despido contrario a ley que afecte derechos de la personalidad es que se generen sufrimientos emocionales calificables como daño moral.

La “normalidad” alegada es, al final, una afirmación sobre la realidad que no cuenta con una base empírica: su sustento es meramente experiencial y, probablemente, basado en la empatía. Aquí los jueces han aplicado una máxima de experiencia en orden a sustentar el argumento, asumiendo, según su criterio, la normalidad que proponen.

Este razonamiento lleva detrás una impresión que los jueces tienen sobre la realidad: a partir de la empatía (poniéndose en el lugar del despido ilegalmente con afectación a sus derechos de la personalidad) “conocen” la realidad del sufrimiento calificable como daño moral

²³⁷ A favor del argumento:

- Ricardo Corrales Melgarejo y Rossina Acevedo Zárate, “El daño moral por responsabilidad contractual en los despidos inconstitucionales”, *Soluciones Laborales – Gaceta Jurídica*, N° 109 (2017): 21-34.

En contra del argumento:

- Gustavo Jorge Rojas, “Alcances sobre la indemnización de daños y perjuicios en materia laboral”, *Soluciones Laborales – Gaceta Jurídica*, N° 131 (2018): 199-221.
- Carlos Alberto Quispe Montesinos, “La aún no articulada ni uniforme jurisprudencia en materia de responsabilidad civil derivada de las relaciones laborales”, *Soluciones Laborales – Gaceta Jurídica* N° 134 (2019): 13-29.

²³⁸ A favor del argumento:

- Ricardo Corrales Melgarejo y Rossina Acevedo Zárate, “El daño moral por responsabilidad contractual en los despidos inconstitucionales”, *Soluciones Laborales – Gaceta Jurídica*, N° 109 (2017): 21-34.
- Corte Suprema de Justicia de la República, Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, Casación N° 4258-2016 Lima, 2016.

²³⁹ Es posible encontrar el compilado de textos y jurisprudencia empleados por los jueces para el pleno y la justificación de todos los acuerdos en: 3.-Pleno+Jurisdiccional+Laboral-2019_1-350.pdf (eje.pe).

del demandante. Entonces, para criticar adecuadamente el argumento, es necesario reflexionar sobre cómo conocen los jueces esta realidad (1) y si las máximas de experiencia que extraen a partir de sus impresiones son suficientes como para sustentar un razonamiento presuntivo como el propuesto en la conclusión del pleno (2).

En primer lugar, respecto de cómo conocen los jueces la realidad del sufrimiento de los trabajadores demandantes, ya se ha realizado una breve explicación al respecto. Los jueces conocen los estados mentales, como el sufrimiento emocional, partiendo siempre desde la empatía y no desde otros criterios más objetivos y contrastables intersubjetivamente. Con base a lo señalado por González Lagier,²⁴⁰ se puede entender que los jueces conocen las emociones de los demandantes a partir de la empatía como primera forma de acercarse al conocimiento de dichos estados mentales.

Los jueces parten de su autoconocimiento: cada juzgador conoce cómo son sus propios estados mentales (del pasado o del presente) y ven en quien analizan (en este caso, al trabajador demandante) reflejados dichos estados mentales. Esta operación empática la realizan: poniéndose en el lugar de los trabajadores demandantes o imaginándose que “son” ellos.

Como se ha indicado, el conocimiento de las emociones de otros, incluido el caso del juez que conoce las emociones de los demandantes, inicia con un conocimiento un poco menos meditado e intuitivo dado por la empatía, llegando a ciertas premisas que luego son pasibles de ser “confirmadas”: es posible que luego, mediante la prueba, pueda confirmarse las intuiciones adquiridas a partir de la empatía, ello realizado a través de un análisis un poco más lento y reflexivo, sostenido en bases empíricas que las emociones percibidas inicialmente por la empatía son luego contrastables con las conductas y efectos que dichas emociones tienen de forma posterior, ello porque las emociones generan una tendencia a la acción consistente.²⁴¹

Esto implica que los jueces, no solamente requieren de pruebas e información adicional para poder racionalizar y contrastar el conocimiento sobre las emociones de los trabajadores demandantes que conocen a través de la empatía, sino que el conocimiento de las emociones, a nivel general, surge en los juzgadores a partir de una serie determinada y limitadísima de casos: es a partir de este número limitado de casos que los jueces han realizado un razonamiento

²⁴⁰ González, “Filosofía de la mente...”, 61-65.

²⁴¹ Vale decir que, según el autor, esto únicamente constituiría un indicio sobre el que aisladamente no puede fundarse un razonamiento judicial. Es necesario vincular este conocimiento con otros elementos de juicio para poder declarar judicialmente que existe un estado mental como el dolor.

inductivo, creando una generalización basada en sus propias creencias, que vincula, aunque de forma insuficiente, los despidos contrarios a ley y las lesiones de derechos de la personalidad con la generación del sufrimiento emocional catalogable como daño moral. Esta es la manera en la que la judicatura ha defendido la existencia de un “criterio de normalidad” entre los despidos ilegales, las lesiones a los derechos de la personalidad y la generación de daños emocionales entendidos como daño moral.

Esta generalización, dentro del razonamiento presuntivo del Pleno, es el sustento de la máxima de experiencia que sostiene la garantía que conecta el hecho base (despido contrario a ley y, conjuntamente, lesión de derechos de la personalidad) con el hecho presunto (existencia de daño moral). Como se aprecia, siguiendo el análisis realizado en el primer capítulo del presente trabajo, este tipo de generalizaciones no es admisible para justificar una máxima de la experiencia, pues están basadas en una mera creencia sin un mayor sustento empírico que las justifique.²⁴²

Por lo tanto, el “criterio de normalidad” argüido por el Pleno en su justificación no es un argumento suficiente para sustentar el establecimiento del razonamiento presuntivo criticado en esta investigación.

4.2. Sobre la dificultad probatoria para el demandante

Este argumento, como se detalló, supone aceptar que el daño moral como objeto de probanza no es sencillo. Hay dos dificultades principales para probarlo: por un lado, se trata de un hecho subjetivo del fuero interno y emocional de las personas, por lo que es difícil demostrar su ocurrencia (1); de otro lado, el acceso a medios probatorios que puedan dar información específica sobre dicho objeto de probanza es limitado, ya que suelen ser costosos (2).

Estas dificultades son ciertas. Sin embargo, no son suficientes, por ellas solas, para proponer que los daños morales se presuman tal como lo hizo el pleno. En ese sentido, no pueden verse aisladamente las dificultades de una parte, pues es requerido analizar cuáles son aquellas dificultades que la otra parte del proceso sufriría en caso se aplicase la presunción antes mencionada.

²⁴² De todas formas, antes ya han quedado evidenciadas las carencias que tiene la máxima de experiencia que sustenta el razonamiento presuntivo del Pleno. Para ello, revisar las páginas dedicadas a tal efecto en el primer capítulo de este trabajo.

Antes de indicar cuál es la contrapartida de aceptar la aplicación de esta presunción, es importante señalar que se trata de un entendimiento de los daños morales como si fuesen *in re ipsa*. Asimismo, se trata de una presunción que ha sido establecida como una presunción *hominis*, ya que al provenir de una decisión de la judicatura no vinculante, realmente no constituye ninguna regla que obligue a los jueces a tener por probado determinado hecho; por el contrario, los jueces en la valoración de la prueba podrán o no seguir esta “regla” según lo vean conveniente, tomando en cuenta los medios probatorios disponibles al momento de decidir sobre los hechos.

Con ello claro, es posible traer a esta sección algunas de las críticas ya expuestas al respecto. De un lado, el demandado ya habrá pasado por los actos postulatorios y habrá ejercido su defensa a lo largo de toda la instancia. Será en tal momento, cuando los autos estén listos para sentenciar, que el juez, valorando la prueba, aplicará la presunción criticada para la determinación de los hechos sobre los que aplicará las consecuencias jurídicas que corresponda.

Así, el demandado se enterará en la sentencia que ha sido aplicada esta presunción en su contra. Para esta etapa del proceso, no sólo ya no es permitida la incorporación de pruebas nuevas (salvo los casos de prueba de oficio o prueba extemporánea), sino que, incluso si se pudiera, carecería de sentido para el demandado perjudicado con la presunción.

La fiabilidad de los medios probatorios que aportan información sobre hechos mentales disminuye considerablemente con el paso del tiempo. En este supuesto, será recién en la sentencia (es decir, meses después de la generación del sufrimiento del demandante) que el demandado “podría” probar en contra del hecho presunto (generación del sufrimiento calificable como daño moral), lo que no podría hacerse con un grado de fiabilidad aceptable ni siquiera practicándole en ese momento al demandante una pericia por el mejor de los expertos. Ello sin desmerecer, por supuesto, que para el demandado probar un hecho mental, del pasado y negativo también es tarea dificultosa y cara.

Por ende, al final, si se analiza de forma completa el panorama tras la aplicación de la presunción del pleno, parece que quien se encuentra en una situación más perjudicial no es el demandante, sino el demandado, quien se queda prácticamente sin posibilidades efectivas de realizar una defensa adecuada a su favor en contra del hecho presunto.

Por tanto, el argumento de la dificultad probatoria tampoco resulta convincente para defender las ideas propuestas en el razonamiento presuntivo que viene siendo criticado.

4.3. Sobre la aceptabilidad social

Este argumento sostiene que es socialmente aceptable que normalmente se generen daños morales derivados de los despidos contrarios a ley que afecten derechos de la personalidad.

Sobre el particular, si bien es cierto que el derecho toma la realidad constante para formular preceptos, ello no quiere decir que necesariamente de la realidad se siga el derecho. Es como sostener que el ser (la realidad) determina el deber ser (el derecho): esto es, por supuesto, falaz. En el mismo sentido, que socialmente sea aceptable creer que de los despidos contrarios a ley que afectan derechos de la personalidad causan daño moral no quiere decir que ello deba ser el precepto jurídico al respecto.

Esclarecer esta cuestión con un ejemplo real es más didáctico: socialmente es concebido de forma muy negativa y crítica que un hombre mayor de edad tenga relaciones sexuales con una menor de edad de catorce años. El rechazo social a esta conducta puede llegar a ser tan duro que alcanza a generar escarnio público mediante redes sociales y medios de comunicación.

Sin embargo, al menos en el Perú, la edad mínima para considerar que el consentimiento es válido es catorce años. Por ende, por más de que esta conducta sea socialmente reprochable, para el derecho, es válida y no es antijurídica. Por si ello fuera poco, el hecho de exponer públicamente a alguien de forma peyorativa sin fundamento puede constituir un delito en sí mismo: esta conducta, en determinados escenarios, puede ser denunciada por el perjudicado como una difamación o una injuria, según el caso. De la misma forma, existen numerosas conductas que a lo mejor merecen repudio en términos socioculturales que, sin embargo, el derecho valora de una forma distinta; por ende, para fijar una presunción de daños morales no es sostenible apelar a la aceptabilidad social.

Hasta aquí las críticas a la argumentación presentada por el pleno para sustentar la presunción de daños morales. Como ha podido revisarse, los argumentos propuestos para la defensa de la conclusión del pleno tienen serias inconsistencias, por lo que no la justifican de manera suficiente. Por su parte, los perjuicios que se derivan de asumirla, definitivamente, superan a los beneficios de aceptarla, más allá de las dificultades epistémicas que presenta.

Capítulo III: la exigencia de probanza de los efectos negativos del daño moral como garantía para el demandado

Hasta el momento se han realizado críticas de forma (desde el plano racional y lógico) y de fondo al razonamiento presuntivo establecido por el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral 2019 Tacna; estas críticas, como se ha podido explicar a lo largo de estas páginas, están direccionadas a que no se presuma la existencia del daño moral a razón de despidos contrarios a ley que lesionen derechos de la personalidad, al menos desde los términos planteados por el Pleno.

Sin embargo, más allá de la labor refutativa, queda pendiente proponer: en esta sección, se darán razones suficientes para exigir la probanza de los daños morales en los casos de despidos contrarios a ley que lesionen derechos de la personalidad. La argumentación se basará en la defensa del derecho fundamental al contradictorio de los demandados.

A tal efecto, se darán alcances sobre el contenido del contradictorio entendido como un verdadero derecho fundamental, para concluir el capítulo justificando por qué la tutela de este derecho, en este particular caso, debe primar.

1. El derecho fundamental al contradictorio como garantía

La exigencia de la probanza del daño moral está directamente relacionada con el contradictorio como eje rector del proceso. La premisa del argumento que busca defenderse es que si bien los derechos de la personalidad del demandante son, sin lugar a duda, de los derechos más importantes y relevantes que existen en el ordenamiento jurídico, ello no obsta a que en el camino a la tutela de dichos derechos se quiebren y afecten otros.

Parte de la tutela de los derechos de la personalidad está en facilitar probatoriamente aquellos presupuestos que permitan su protección, ya sea respecto del acto ilícito (tutela inhibitoria) o respecto del daño (responsabilidad civil).²⁴³ En ese intento, aunque con ciertas

²⁴³ Por ejemplo, respecto de la tutela inhibitoria, si bien es sumamente complicada la acreditación de la ocurrencia de un hecho futuro (pues la tutela inhibitoria busca una verdadera prevención), no resulta descabellado aplicar un estándar probatorio un poco menos exigente que el empleado para la corroboración de hechos pasados. Del otro lado, respecto de la tutela contra el daño, referida a la responsabilidad civil, a nivel probatorio puede facilitarse el acceso a la prueba: en ocasiones, como para la prueba de los estados mentales, los medios probatorios más idóneos son también costosos y podría (sin hablar de ninguna realidad jurídica en particular) subvencionarse.

confusiones, la conclusión del Pleno ha establecido que los daños morales se presumen cuando además de demostrarse la ilegalidad del despido, se acredita también la lesión a algún derecho de la personalidad del demandante.

Dicha alternativa, como se ha desarrollado en secciones anteriores, se ha topado con determinados límites: algunos vinculados a la satisfacción de criterios racionales y epistémicos respecto del establecimiento de la presunción; y otros de índole jurídica, brindados por reglas y principios, entre ellos, los problemas sobre la aplicación de las reglas de la carga de la prueba. Sin embargo, detrás de todos los límites ya tratados en estas páginas, el principal se encuentra en los derechos del demandado, en específico vinculados al derecho fundamental al contradictorio.

Así, en esta sección primero se brindarán algunos alcances de lo que supone el contradictorio, para luego justificar por qué este derecho se ve gravemente afectado a razón del razonamiento presuntivo fijado en el Pleno, que se usa, como se ha detallado anteriormente, como una presunción *hominis*.

2. Alcances sobre el derecho fundamental al contradictorio

El derecho fundamental al contradictorio, en el sistema jurídico peruano, se encuentra consagrado constitucionalmente, específicamente, en el inciso 14 del artículo 139° de la Constitución peruana,²⁴⁴ que fija el principio de no ser privado del derecho a la defensa en ningún estado del proceso. A nivel legal, este derecho está recogido también en el Código Procesal Civil, específicamente en los artículos 2° y 3° del referido cuerpo normativo, los que establecen que a razón de tener derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, sus titulares tienen derecho de contradicción, cuya restricción o limitación es inadmisibles, salvo específicos supuestos determinados por la ley.²⁴⁵

²⁴⁴ Artículo 139° Principios de la Administración de Justicia

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.

²⁴⁵ Artículo 2°

[...]

Por ser titular del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el emplazado en un proceso civil tiene derecho de contradicción.

Artículo 3°

De otro lado, propiamente doctrinal, el contradictorio, para el proceso, implica “[...] la participación de los destinatarios [...] en el acto final, en la paridad simétrica de sus posiciones jurídicas, en la mutua implicación de su actividad; [...] que ninguno de los contradictores pueda realizar elecciones, manifestar reacciones y ejercitar controles sin que ello no pueda ser objeto de reacción y control por los sujetos a quienes alcanza el contradictorio”.²⁴⁶ En ese sentido, se ha afirmado que el contradictorio es tan fundamental para la idea de proceso, que sin él no existiría el proceso y, sin proceso, no cabría la idea de jurisdicción.²⁴⁷

Esta idea de contradictorio ha tenido un avance a lo largo del tiempo, pues no siempre ha sido concebido como verdadero derecho fundamental. Inicialmente, el contradictorio era comprendido desde un sentido débil, que suponía la simple bilateralidad de la instancia, en la que las partes fungían como destinatarios de la decisión y bastaba con que se resguardara el derecho de la cada una a conocer lo que la otra alegase y que pudiera manifestarse al respecto.²⁴⁸

En esta línea, el juez asumía un carácter meramente publicístico y de autoridad: para el juez el contradictorio es útil, pero no indispensable en su búsqueda de la verdad de los hechos. Así, el contradictorio servía para que se garantice el *audiatur et altera pars*, pues se le concebía como un principio lógico-formal que se agotaba en el “binomio conocimiento-reacción” y no precisamente como un derecho fundamental.²⁴⁹

Es luego de la segunda guerra mundial y la constitucionalización de las garantías procesales que se instauran intereses democráticos en la colaboración esperada por las partes y por el juez en el proceso, relegando al juez que actuaba en una “solitaria omnipotencia” y sustituyéndolo por uno que activamente discuta y haga discutir a las partes, permitiéndoles y garantizándoles la participación activa en la decisión final.²⁵⁰

Los derechos de acción y contradicción en materia procesal civil no admiten limitación ni restricción para su ejercicio, sin perjuicio de los requisitos procesales previstos en este Código.

²⁴⁶ Renzo Ivo Cavani Brain, “Combatiendo las “nulidades-sorpresa”: el derecho fundamental del contradictorio en la perspectiva de la nulidad procesal”, *Gaceta Constitucional*, N° 58 (2012): 288.

²⁴⁷ Nicola Picardi, *Manuale del Processo Civile*, 4ª Ed. (Milán: Giuffrè Francis Lefebvre, 2019), 247.

²⁴⁸ Cavani, “Combatiendo las “nulidades sorpresa” ...”, 289-290. En el mismo sentido, David Ibarra Delgado, “Desaciertos del IX Pleno Casatorio Civil en torno al derecho fundamental al contradictorio”, en *Los Plenos Casatorios Civiles. Análisis a los 10 Plenos Vinculantes*. Coordinado por Yelena Meza Torres (Lima: Jurista Editores, 2021), 1028-1030. Ibarra, haciendo referencia a lo señalado por Luis Alfaro en *El principio de audiencia* (Barcelona: Bosch, 2014), 108 y ss., precisa que este derecho a conocer lo que la otra parte alegase es conocido doctrinalmente como el derecho a recibir adecuada y tempestiva información, el cual implica que se realicen los emplazamientos de los actos dentro del proceso de conformidad con las normas y formalidades procesales que correspondan.

²⁴⁹ Picardi, *Manuale del Processo Civile*, 247-248.

²⁵⁰ Humberto Theodoro Júnior, “*Processo Justo e contraditório dinâmico*”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, vol. 2, N° 1 (2010): 69 y ss., <https://doi.org/10.4013/4776>.

Entonces, así como para otras decisiones que toman los estados democráticos, la participación de los destinatarios de dichas decisiones se convertirá en un elemento esencial de su legitimidad. De la misma manera, el proceso, en relación con el derecho fundamental al contradictorio, toma la lógica de la democracia participativa: las partes ahora deben tener la posibilidad de influir en la decisión final, les debe estar garantizado teniendo como contrapartida un deber del juez de promover el debate.²⁵¹

No menos importante es el valor epistémico de dicha intensa intervención: la participación de las partes en la decisión final, además de lo ya indicado, aporta mayores elementos de juicio al juzgador que le serán de suma importancia para la toma de su decisión.

Esta forma de percibir al contradictorio es el sentido fuerte. Esta forma de concebirlo implica cambiar el enfoque: ya no es sólo un instrumento para las partes, sino que deja de ser dispensable para el juez y se vuelve fundamental para el juicio, pues permite una búsqueda de la verdad por parte del juez con la colaboración activa de las partes,²⁵² lo que supone una verdadera democratización del proceso.

Con esta nueva dinámica de participación en contradictorio, en el fondo, se busca impedir que el poder del órgano judicial sea aplicado autoritariamente o con finalidades opresivas,²⁵³ pues, el proceso es uno de los escenarios en los que el Estado hace ejercicio de poder a partir de la adopción de decisiones vinculantes para los intervinientes en el mismo. En esa medida, los que soportarán las consecuencias de las decisiones estatales son los primeros que tienen un profundo interés y derecho de participar de la toma de dichas decisiones y del control de sus efectos, ello no sólo con la finalidad de aportar a la averiguación de la verdad, sino también con el propósito de legitimar la decisión que se adopte.²⁵⁴

²⁵¹ Leonardo Greco, “*Garantias fundamentais do processo: O processo justo*”, *Novos Estudos Jurídicos*, vol. 7, N° 14 (2002): 23-25, <https://doi.org/10.14210/nej.v7n14.p%25p>. Adicionalmente, el autor propone que influir eficazmente en la formación de la decisión judicial implica, dentro de una participación democrática: a) audiencia bilateral (ser informado suficiente y oportunamente para poder ejercer la más amplia defensa); b) derecho a presentar alegaciones, pruebas, entre otros, con la finalidad de defender los intereses; c) congruencia de los plazos, que implica que estos, pese a ser breves, deben ser suficientes para la práctica de cada acto procesal de forma que se permita a cada parte defenderse adecuadamente; d) contradictorio eficaz y siempre previo a cualquier decisión (sobre hecho o derecho), debiendo su postergación ser excepcional y motivada y; e) contradictorio participativo, que presupone poder ejercer el derecho de defensa ampliamente preservando el derecho de discutir los efectos de la sentencia que haya sido producida sin la plena participación de la parte.

²⁵² Picardi, *Manuale del Processo Civile*, 249.

²⁵³ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “*O garantia do contraditório*”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, vol. 15, N° 15 (1998): 12, <https://doi.org/10.22456/0104-6594.70415>.

²⁵⁴ Antonio Do Passo Cabral, “El principio del contradictorio como derecho de influencia y deber de debate”, *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° 16 (2010): 262-269.

Así, además de factor legitimador, se evidencia a partir de lo descrito previamente que el contradictorio en sentido fuerte se compone de dos elementos: el primero, el derecho de influencia supone que cada parte, como regla, debe la posibilidad previa²⁵⁵ de expresar ante el juez lo pertinente a sus intereses, de manera que pueda influir en las decisiones;²⁵⁶ de otro lado, el segundo es, como se mencionó, el deber de debate generado como contrapartida del derecho de influencia, el cual se encuentra dirigido al juez y le obliga a instaurar un debate judicial sobre las principales discusiones en el proceso, prohibiéndole decidir sobre cuestiones fácticas o jurídicas sobre las que no ha permitido un suficiente y adecuado pronunciamiento de las partes.

Ahora, con el marco conceptual que se ha desarrollado del contradictorio como derecho fundamental, se procederá a explicar cómo desde el razonamiento presuntivo del Pleno se vulnera dicho derecho, para finalizar el capítulo brindando un cierre general previo a las conclusiones de la presente investigación.

3. El razonamiento presuntivo del Pleno lesiona el derecho fundamental al contradictorio de los demandados

Una buena manera de iniciar a contrastar derechos fundamentales dentro del proceso es partir de la premisa de que este último es una herramienta pública que sirve para la realización de la justicia y de los derechos constitucionales entendidos como derechos constitutivos institucionales.²⁵⁷ Esto supone que no sólo los derechos de la personalidad son derechos fundamentales cuya tutela debe ser pretendida por las legislaciones a través del proceso como una institución, sino que también lo son los mismos derechos procesales, entre estos últimos, el derecho fundamental al contradictorio.

En ese sentido, si bien a lo largo de la constitucionalización del derecho se ha pretendido brindar una relevancia mayor a los derechos de las personas (entre ellos, evidentemente, los derechos de la personalidad), despatrimonializando las alternativas tutela de los derechos materiales y potenciando a estos últimos como verdaderos *derechos fundamentales*; para el derecho procesal, en específico respecto del contradictorio también se ha buscado una protección relevante a partir de la regulación. A modo de ejemplo, dentro de todas las normas jurídicas que suelen garantizar el derecho fundamental al contradictorio, diferentes

²⁵⁵ Que el contradictorio sea previo es la regla, mientras que su diferimiento o su eventualidad es la excepción.

²⁵⁶ Cavani “Combatiendo las “nulidades sorpresa”...”, 291-292.

²⁵⁷ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “El Proceso Civil en la Perspectiva de los Derechos Fundamentales”, *Derecho & Sociedad*, N° 40 (2013): 162-166, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12797>.

legislaciones han plasmado en sus códigos procesales el principio de “prohibición de las decisiones judiciales sorpresa”.²⁵⁸

Puede apreciarse que del lado del derecho fundamental al contradictorio existen diversas normas de carácter procesal consagran un límite que indirectamente, para el caso que ocupa este trabajo, “limitaría” la tutela de los derechos de la personalidad. No obstante, el punto diferencial es que podrán tomarse desde las legislaciones medidas de tutela de derechos de la personalidad que no requieran la limitación del derecho fundamental al contradictorio: la tutela de los actos ilícitos lesivos de derechos de la personalidad, así como al tutela del daño derivado de la lesión de dichos derechos no debería promoverse al punto de restringir la tutela mínima del derecho fundamental al contradictorio.

Lo dicho se sostiene, al menos para la alternativa de tutela de derechos de la personalidad propuesta en la conclusión del Pleno, debido a que, según un juicio de

²⁵⁸ Algunos ejemplos son los siguientes:

- Código Procesal Civil brasileño:
Artículo 9°.- No se emitirá decisión contra una de las partes sin que, previamente, ella haya sido escuchada.
Artículo 10°.- El juez no puede decidir, en ningún grado de jurisdicción, sobre la base de un fundamento respecto del cual no se haya permitido a las partes la oportunidad de manifestarse, aunque se trata de una materia sobre la cual deba decidir de oficio.
- Código Procesal Civil alemán:
Artículo 139°.- Impulso procesal material
El tribunal tiene que esclarecer la relación de hecho y la litis y, en tanto ello sea necesario, con las partes en las cuestiones de hecho y de derecho aclarándolas y realizando preguntas. Él tiene que lograr que las partes en forma oportuna y completa declaren sobre los hechos relevantes, en especial aclaraciones insuficientes que hacen a los hechos invocados a los efectos de completarlos para describir los medios de prueba y para interponer las peticiones que se adecuen a la causa.
En tanto exista un punto de vista que no haya sido reconocido por una parte o que haya sido considerado como irrelevante, el tribunal puede fundar su resolución sobre él siempre que advierta de ello a las partes y les otorgue la posibilidad para que se expresen al respecto y no se trate de un crédito accesorio.
El tribunal tiene que llamar la atención sobre consideraciones que por su contenido deben ser consideradas de oficio.
Las observaciones, de acuerdo con estas disposiciones, deben realizarse lo más pronto posible y ser registradas en expediente [...].
- Código Procesal Civil francés:
Artículo 16.- El juez debe, en todas las circunstancias, velar por que se respete y observe el principio de contradicción. Sólo podrá aceptar en su resolución los motivos, explicaciones y documentos invocados o presentados por las partes si han podido discutirlos contradictoriamente. No puede basar su decisión en los motivos invocados de oficio sin invitar previamente a las partes a presentar sus observaciones.
- Código Procesal Civil italiano:
Art. 102°.- [...] En caso piense plantear como fundamento de la decisión una cuestión conocida de oficio, el juez reserva la decisión, concediendo a las partes, bajo pena de nulidad, un plazo no menor de veinte ni mayor de cuarenta días a partir de la comunicación, para presentar en el registro de memorias observaciones respecto a la misma cuestión.
- Código Procesal Civil portugués:
Artículo 3°.- Necesidad de la solicitud y de la contradicción [...]
3. El juez debe observar y hacer cumplir, a lo largo de todo el proceso, el principio del contradictorio, no siendo lícito, salvo en caso de manifiesto innecesaria, decidir cuestiones de derecho o de hecho aunque de conocimiento oficioso, sin que las partes hayan tenido la posibilidad de pronunciarse sobre ellas [...].

proporcionalidad acotado, si bien la presunción de daños morales como forma de tutela del daño derivado de la lesión de derechos de la personalidad, analizándola caritativamente,²⁵⁹ puede ser idónea para la protección de estos derechos, no resulta necesaria ni proporcional.

Como se ha explicado anteriormente, no existen fundamentos sólidos de por qué el demandante debe verse relegado de la prueba de su sufrimiento y el demandado cargar con las consecuencias de la dificultad probatoria del daño moral del demandante. Existen vías alternativas para lidiar con la dificultad probatoria que los sistemas jurídicos podrían adoptar, como por ejemplo, poner a disposición de los demandantes un *pool* de peritos o expertos, de manera que puedan acceder a sus servicios de forma subsidiada total o parcialmente y que así les sea más factible acceder a esa prueba difícil y costosa que les permita probar su sufrimiento.

De otro lado, basta con una mirada superficial para notar que la aplicación de la presunción de daños morales como forma de tutela de los derechos de la personalidad, tal y como ha sido planteada en el razonamiento presuntivo establecido por el Pleno, restringe en mucho mayor medida el derecho fundamental al contradictorio: en un caso contrario, en el que no existiese el razonamiento presuntivo del Pleno, los derechos de la personalidad se verían afectados en la misma exacta medida, pues la presunción de los daños no limita en ninguna medida la comisión de actos ilícitos que lesionen los derechos de la personalidad.

Sobre el particular, la protección contra el daño derivado de lesiones a derechos de la personalidad mediante la responsabilidad civil no exige de forma necesaria el relevo de prueba al demandante: existen vías alternativas que faciliten el acceso a pruebas difíciles y costosas, de manera que los trabajadores puedan demostrar su sufrimiento de forma eficaz. Y, respecto de la tutela contra los actos ilícitos lesivos de derechos de la personalidad (aunque no sea materia específica de la conclusión del pleno), existen numerosas opciones para su debida protección: desde el proceso civil con tutela inhibitoria y desde el mundo sancionador (penal o administrativo) mediante la tipificación de dichas conductas como infracciones sancionadas por la sola exposición al peligro.

²⁵⁹ Se ha señalado que se tomará la alternativa de tutela del pleno desde una óptica caritativa pues, en el fondo, como se verá en las líneas sucesivas, preferir la tutela de los derechos de la personalidad o la del derecho fundamental al contradictorio supondría que la tutela de uno sea realizable únicamente bajo el costo de la no tutela del otro. En este caso lo que ha ocurrido es que la conclusión del pleno ha elegido una alternativa de tutela equivocada, pues existen otras que logran el mismo objetivo sin perjudicar al contradictorio.

Ahora, desde la perspectiva de la tutela del contradictorio, esta, por el contrario, no restringe en casi ningún aspecto la tutela de los derechos de la personalidad, máxime si respecto de los segundos existen las opciones alternativas mencionadas en los párrafos que anteceden.

Para finalmente afrontar cómo se ve afectado el derecho fundamental al contradictorio en el concreto caso de la presunción fijada por el Pleno, es necesario recordar que, al tratarse de una habilitación a los jueces de utilizar esta presunción *hominis* en la valoración probatoria respecto de la existencia del daño moral, el resultado negativo para el perjudicado con la presunción será conocido en la sentencia.

Esto, en definitiva, ha impedido que el demandado ejerza la más amplia defensa posible de sus intereses: no ha podido tomar en consideración la aplicación de la presunción desde antes de contestar la demanda, de manera que verse perjudicado recién en la sentencia por algo no controvertido durante el proceso ha hecho que pierda sentido la estrategia procesal y la teoría del caso que ha adoptado para defenderse, así como los medios probatorios que recabó y presentó al contestar la demanda.

Lo anterior, en definitiva, le ha restringido la posibilidad de influir en la decisión final, de manera que es posible afirmar que esta carecería de legitimidad, al menos desde la óptica democrático-participativa que supone el contradictorio como verdadero derecho fundamental legitimador y controlador de las decisiones judiciales como parte del poder estatal.²⁶⁰

Incluso, podría darse el supuesto en el que un juez, que pretende aplicar la presunción fijada por la conclusión del pleno, informe de ello a las partes y les otorgue un plazo para pronunciarse y realizar observaciones sobre la decisión sobre los hechos que está por realizar. En dicho caso, pese a haber propiciado el debate, “el daño ya está hecho”: el demandado difícilmente podrá defenderse de ello ya que, el transcurso del tiempo habrá perjudicado la fiabilidad de las pruebas que pudiese recabar en esta etapa probatoria. No obstante, como se ha recalcado, la idea del contradictorio es que exista oportunidad de amplia defensa (con alegaciones y pruebas) en todas y cada una de las etapas del proceso, desde el principio.

²⁶⁰ Cavani, aunque respecto de las nulidades sorpresa, propone que las decisiones judiciales sobre cuestiones relevantes dentro del proceso que no hayan requerido manifestación de las partes no son más que una imposición autoritaria del poder, que sólo conllevaría a reforzar la equivocada concepción publicista de que el Estado es el dueño del proceso y que este no sirve, más bien, a los intereses de los particulares cuyos derechos fundamentales so-n discutidos en el litigio. Ver Cavani, “Combatiendo las “nulidades sorpresa”...”, 293-296.

Por lo tanto, no sólo no se encuentra justificado el razonamiento presuntivo del Pleno en términos de racionalidad y respecto de las cuestiones de fondo, sino que existen razones más que suficientes desde los derechos procesales de los demandados para exigir la probanza de los daños morales que se deriven de despidos contrarios a ley que lesionen derechos de la personalidad.

El contradictorio es casi una condición del proceso: realmente, si no es posible defenderse de manera eficiente y oportuna, teniendo la posibilidad de influir en la decisión final, difícilmente se estará ante un auténtico proceso. Para los supuestos en los que aplica el razonamiento presuntivo del Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral 2019 Tacna, el hecho de presumir *in re ipsa* a los daños morales bajo el empleo de una *presunción hominis* genera, como se ha propuesto en esta investigación, lo siguiente:

- a) Permite al juez, de forma discrecional, la aplicación o la no aplicación del razonamiento presuntivo fijado en el Pleno Jurisdiccional antes mencionado, pues este no se encuentra sostenido por una norma que obligue a los jueces a tener por probado el hecho presunto (existencia del daño moral) si se prueban los hechos base (conjuntamente, despido contrario a ley y lesión de derechos de la personalidad).
- b) Genera, en la valoración de la prueba para el juicio sobre los hechos, la posibilidad de aplicación de la presunción antes indicada, invirtiendo la carga de la prueba del daño moral y colocándola sobre el demandado, quien conoce de esta inversión en la sentencia: será el demandado quien tenga que probar en contra de la existencia del daño moral. Esto implica que ninguna de las partes, ni el juez, conocen hasta el momento de la decisión que se presumirán los daños morales que se deriven de un despido contrario a la ley que lesione algún derecho de la personalidad.
- c) En la decisión final ya no está en una etapa donde se admita la aportación de pruebas, por lo que el demandado quedará técnicamente indefenso, viendo restringida en una gran medida su posibilidad de influir en la decisión final. El demandado no pudo conocer con certeza si aplicará o no el razonamiento presuntivo del Pleno desde los actos postulatorios, por lo que en ningún momento anterior a la sentencia pudo realmente ejercer verdadera influencia en la decisión.
- d) Incluso si se abriese la posibilidad al demandado de defenderse, sometiendo a contradictorio previo la discusión sobre la aplicación del razonamiento presuntivo del

Pleno y permitiéndole, vía prueba extemporánea o quizá por prueba de oficio, intentar probar en contra de los hechos que busca presumirse, la situación no variaría demasiado porque los medios probatorios que brindan información sobre hechos mentales como el sufrimiento emocional pierden mucha fiabilidad con el paso del tiempo, por lo que no serían, a este punto del proceso (justo antes de la emisión de la sentencia), efectivos para la defensa del demandado.

Con lo expuesto no se hace más que corroborar que, más allá de las buenas intenciones, asumir hechos no probados como ciertos es casi como jugar con fuego. Es necesario que la existencia de los daños indemnizables alcancen un nivel aceptable y suficiente de confirmación a partir del material probatorio disponible, para que luego sea *justo* aplicar las consecuencias jurídicas a dicho hecho.

Y, no es ajeno ni extraño para nadie el afirmar que la decisión será más justa en la medida de que el proceso, en su conjunto, busque la verdad sobre los hechos en orden a aplicarles las consecuencias jurídicas que correspondan.

El proceso tiene una dimensión epistémica (pues lo alegado en él corresponde a la realidad del mundo) que exige aproximarse a la verdad en la mayor medida posible y razonable, por lo que quedan de lado las medidas que, como el razonamiento presuntivo del Pleno, omiten la averiguación de la verdad para presumirla o incluso relevar de prueba a una de las partes.²⁶¹

En esta línea, el contradictorio es una de las formas por excelencia por medio de las que el juez no solo hace justa (y legítima) su decisión a través del fomento del debate y la posibilidad de influencia que tienen las partes respecto de aquello vinculado a la decisión final; sino, de otro lado, las posibilidades de contradecir elevan enormemente el acervo probatorio y los elementos de juicio sobre los que decidirá, pues permite defensas más adecuadas, pertinentes y relevantes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos.

En ese sentido, el razonamiento presuntivo del Pleno no debe ser aceptado y, más bien, debería ser reemplazado por otros criterios que logren una verdadera protección integral y sistemáticamente adecuada a los derechos de la personalidad y al daño moral.

La defensa de esta postura, por supuesto, no debe ser vista como poco humana o desconsiderada con la situación de las personas de la clase trabajadora: por el contrario, si se

²⁶¹ Daniel Mitidiero, "La tutela de los derechos como fin del proceso civil", en *La justicia civil en el Estado Constitucional. Diálogos para un diagnóstico*, traducido por Renzo Cavani Brain y Christian Delgado Suárez (Lima: Palestra, 2016), 206-209.

pretendiese una verdadera tutela de los derechos de la personalidad y del daño moral causados por despidos lesivos de derechos de la personalidad, manteniendo el *statu quo* dado por el razonamiento presuntivo del Pleno es casi imposible que se ofrezca una tutela certera y real, ya que no solo los demandados cuentan con las críticas aquí expuestas para hacer ineficaz dicha presunción, sino que, en esencia, la presunción es injusta. Y el derecho no debe convalidar ni avalar injusticias.

No se trata, entonces, de proteger por proteger o crear normas flexibilizadoras con la finalidad de resguardar determinado interés sin pensar en las consecuencias. Es necesario que el método elegido sea eficiente, justo y que atienda al problema desde la raíz. El razonamiento presuntivo del Pleno, desde luego, carece de todas estas bondades.

Más bien, a la inversa, dicha presunción releva de prueba al demandante (medida antiepistémica), afecta el derecho fundamental al contradictorio del demandado por ser una presunción *hominis* que aplica al final del proceso y, por si ello fuera poco, no soluciona el problema de fondo, pues no hace ningún cambio sustancial respecto del acceso a medios probatorios que permitan probar la existencia de estados mentales como las pericias u otros.

Es por ello que se debe exigir de los distintos Estados, incluyendo el peruano, que las soluciones sean reales y no aparentes, que sean justas y, de acuerdo con lo aquí explicitado, que, en la mayor medida razonablemente posible, apunten a la verdad de los hechos, para aplicar las justas y previstas consecuencias que ofrece el derecho.

Conclusiones

Primera. La discusión respecto de los daños morales debe reenfocarse en dotar de contenido a cada una de las voces de daño aplicables en el ordenamiento jurídico. Es necesario que la doctrina y la jurisprudencia sea capaz de responder a qué implica cada voz de daño, qué derechos o intereses se ven lesionados, cuáles y cómo son, incluso a nivel técnico, los efectos negativos derivados de la lesión de determinado interés, entre muchas otras aristas. Por ello, al menos para el daño moral el estudio de qué supone un estado mental y el estudio de qué medio probatorio aporta mejor y mayor nivel de corroboración sobre los estados mentales es esencial: permitirá saber cómo y cuándo es que los daños morales se encuentran probados.

Segunda. El uso de presunciones, más allá de las críticas expuestas supra, no es inadecuado. De hecho, las presunciones, cuando no son falaces, facilitan las labores del juzgador y de las partes en el juicio de los hechos y en la actividad probatoria, respectivamente; sin embargo, es necesario que estas cuenten con una base empírica suficiente que sostenga válidamente la garantía que conecta los hechos base con aquellos hechos que se presuman. Esto es lo único que hará que la aplicación de las presunciones sea justa y acorde al sistema jurídico.

Tercera. El derecho fundamental al contradictorio es el fundamento legitimador del proceso, sin el cual las decisiones se tornarían en injustas, antiepistémicas e ilegítimas. Es por ello que, mientras que haya formas alternativas para la protección de los derechos e intereses que se discutan en el proceso, el contradictorio debe primar como auténtica garantía, descartando medidas que lo restrinjan o limiten, como el razonamiento presuntivo propuesto en el Pleno.

Cuarta. Existen razones suficientes para eliminar o reemplazar el razonamiento presuntivo del Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral 2019, pues, como se ha expresado en esta investigación, es cuestionable desde los aspectos mínimos de racionalidad, así como desde el fondo: no se justifica que los daños morales, entendidos como pretium doloris o sufrimiento emocional no patológico y transitorio, se presuman en los casos de despidos contrarios a ley que lesionen derechos de la personalidad.

Referencias

Referencias bibliográficas

- Abache Carvajal, Serviliano. “Las presunciones jurídicas”, *Revista de Derecho UDEP*, vol. 11, N° 1 (2010): 371-393, <https://revistas.udep.edu.pe/derecho/article/view/1542>.
- Aguiló Regla, Josep. “Las presunciones hominis y las inferencias probatorias”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, N° 79 (2017): 99-110, <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201702.005>.
- Alpa, Guido. *Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil*, traducido del italiano por Leysser León Hilario. Lima: Jurista Editores, 2006.
- Alterini, Atilio Aníbal y Carlos Soto. “El proceso de codificación del Derecho privado en Perú y Argentina”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, N° 53 (2000): 513-529, <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200001.014>.
- Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. “El Proceso Civil en la Perspectiva de los Derechos Fundamentales”, *Derecho & Sociedad*, N° 40 (2013): 161-168, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12797>.
- Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. “O garantia do contraditório”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, vol. 15, N° 15 (1998): 7-20, <https://doi.org/10.22456/0104-6594.70415>.
- Arévalo Vela, Javier. “La responsabilidad civil por contingencias laborales”, *Revista de derecho procesal del trabajo*, vol. 1, N° 1 (2020): 13-38, <https://doi.org/10.47308/rdpt.v1i1.2>.
- Asociación Americana de Psiquiatría. *Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM 5*. Arlington: Asociación Americana de Psiquiatría, 2013.
- Barcellona, Mario. *Trattato del danno e della responsabilità civile*. Milán: Wolters Kluwer Italia, 2011.
- 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*, N° 50 (2005): 217-236, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8774>.

- Cabral, Antonio do Passo. “El principio del contradictorio como derecho de influencia y deber de debate”, *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° 16 (2010): 261-278.
- Calvinho, Gustavo y Carlos Manuel Valdivia Rodríguez. “Repensando la “carga dinámica de la prueba”: su aplicación jurisprudencial y su propuesta normativa en el Perú”, *Actualidad Civil*, N° 72 (2020): 197-217.
- Calvinho, Gustavo. “A favor de la carga de la prueba”, *Estudios de Derecho*, vol. 77, N° 170 (2020): 167-199, <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/issue/view/3728>.
- Câmara Carrá, Bruno Leonardo y Denise Sá Vieira Carrá. “*Dano in re ipsa, responsabilidade civil sem dano e o feitiço de águila: ou de como coisas distintas podem coexistir sem se tocar*”, *Revista Jurídica Da FA7*, N° 16 (2019): 115-131, <https://doi.org/10.24067/rjfa7;16.2:1181>.
- Castillo Córdova, Luis. “Los Derechos Humanos: la persona como inicio y fin del Derecho”, *Foro jurídico: revista de derecho*, N° 7 (2007): 27-40, <https://hdl.handle.net/11042/1926>.
- Cavani Brain, Renzo Ivo. “¿Qué es la tutela inhibitoria? Entendiendo el proceso civil a partir de la tutela de derechos”, *Gaceta Civil y Procesal Civil*, N° 8 (2014): 176-177.
- Cavani Brain, Renzo Ivo. “Combatiendo las “nulidades-sorpresa”: el derecho fundamental del contradictorio en la perspectiva de la nulidad procesal”, *Gaceta Constitucional*, N° 58 (2012): 288-296.
- Correa Robles, Carlos. “La presunción de hecho como figura jurídica en el derecho procesal alemán”, *REJ - Revista de Estudios de la Justicia*, N° 20 (2014): 115-170. <https://doi.org/10.5354/rej.v0i20.36321>.
- Dei Vecchi, Diego. “El carácter presuntivo de las presunciones absolutas”, *Revus Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law* N° 38 (2019): 75-108, <https://doi.org/10.4000/revus.5333>.
- De Paula Ramos, Vitor. *La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y epistemología*. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- De Trazegnies Granda, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual, Tomo II*, 7ª Ed. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2001.

- Dworkin, Ronald. "The Model of Rules", *University of Chicago Law Review*, vol. 35 (1967): 14-46, <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol35/iss1/3>.
- Di Majo, Adolfo. *La tutela civil de los derechos*, traducido por César E. Moreno More. Puno: Zela, 2023.
- Diges, Margarita. *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos. Estudios de psicología forense*. Madrid: Trotta, 2016.
- Espinoza Espinoza, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil. Tomo I*, 9ª Ed. Lima: Instituto Pacífico, 2019.
- Fachetti Silvestre, Gilberto y Bruna Figueira Marchiori. "La lesión a los derechos de la personalidad en la jurisprudencia de la instancia de recurso especial brasileña", *Opinión Jurídica*, vol. 20, N° 41 (2021): 177-199, <https://doi.org/10.22395/ojum.v20n41a6>.
- Fernández Cruz, Gastón. *El daño no patrimonial y el daño moral (dos ensayos)*. Lima: ARA Editores, 2023.
- Fernández Sessarego, Carlos. "¿Qué es ser «persona» para el Derecho?", *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, N° 54 (2001): 289-333, <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200101.011>.
- Fernández Sessarego, Carlos. "Daño a la persona y daño moral en la doctrina y en la jurisprudencia latinoamericana actual", *THEMIS Revista de Derecho*, N° 38 (1998): 179-209, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10319>.
- Fernández Sessarego, Carlos. "Daño al proyecto de vida", *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, N° 50 (1996): 47-97, <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199601.003>.
- Ferrer Beltrán, Jordi. "La decisión probatoria", en *Manual de Razonamiento Probatorio*, coordinado por Jordi Ferrer Beltrán, 397-451. Ciudad de México: Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022, <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/manuales-de-actuacion>.
- Ferrer Beltrán, Jordi. "El control de la valoración de la prueba en segunda instancia: intermediación e inferencias probatorias", *Revista Cubana de Derecho*, vol. 1, N° 1 (2021): 244-273, <https://revista.unjc.cu/index.php/derecho/article/view/50>.

- Ferrer Beltrán, Jordi. “La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo necesario”, en *Contra la carga de la prueba*, Jordi Nieva Fenoll et al., 53-84. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- Ferrer Beltrán, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- Gama Leyva, Raymundo. “Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental”, *REJ – Revista de Estudios de la Justicia* N° 19 (2013): 65-89, <https://doi.org/10.5354/rej.v0i19.36187>.
- Garatini, Mariana Cristina y Ana Luiza Figueira Porto. “A evolução da responsabilidade civil no direito constitucional contemporâneo: do dano moral in nature ao dano moral in re ipsa”, *Cadernos de Direito Actual*, N° 8 (2017): 399-412, <https://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/230>
- Giannini, Leandro. “Revisitando la doctrina de la “carga dinámica de la prueba”. Aportes para esclarecer sus principales problemas conceptuales”, en *Contra la carga de la prueba*. Jordi Nieva Fenoll et al., 89-109. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- González Lagier, Daniel. *Quaestio facti (Ensayos sobre prueba, causalidad y acción)*, 2ª Ed. Lima-Bogotá: Palestra, 2022.
- González Lagier, Daniel. "Filosofía de la mente y prueba de los estados mentales: una defensa de los criterios de “sentido común””, *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, N° 3 (2021): 49-80, <http://hdl.handle.net/10045/129484>.
- Greco, Leonardo. “Garantias fundamentais do processo: O processo justo”, *Novos Estudos Jurídicos*, vol. 7, N° 14 (2002): 9-68, <https://doi.org/10.14210/nej.v7n14.p%25p>.
- Ibarra Delgado, David. “Desaciertos del IX Pleno Casatorio Civil en torno al derecho fundamental al contradictorio”, en *Los Plenos Casatorios Civiles. Análisis a los 10 Plenos Vinculantes*. Coordinado por Yelena Meza Torres. Lima: Jurista Editores, 2021, 1025-1047
- Jourdain, Patrice. “Los derechos de la personalidad en búsqueda de un modelo: la responsabilidad civil”, traducido del francés por Milagros Koteich Khatib, *Revista de Derecho Privado*, N° 20 (2011): 361-369, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/issue/view/306>.

- Koteich Khatib, Milagros. "La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del "daño corporal") en el ordenamiento francés", *Revista de Derecho Privado*, N° 18 (2010): 159-204, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/406>.
- Koteich Khatib, Milagros. "El daño extrapatrimonial, las categorías y su resarcimiento, Italia y Colombia, vicisitudes de dos experiencias", *Revista de Derecho Privado*, N° 10 (2006): 161-194, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/588>.
- León Hilario, Leysser. *La Responsabilidad Civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, 3ª Ed., Lima: Instituto Pacífico, 2017.
- León Hilario, Leysser León. "Inflando los resarcimientos con automatismos. El daño al proyecto de vida y otros espejismos de nuestra magistratura", *Foro Jurídico*, N° 8 (2008): 61-74, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18495>.
- León Hilario, Leysser. "Derechos de la personalidad y medios de comunicación. Aspectos de la protección de las situaciones jurídicas subjetivas en la sociedad de la información". Tesis doctoral, Scuola S. Anna di Pisa, 2006.
- León Hilario, Leysser. *Segundo Cuaderno de Trabajo: Derecho a la Intimidad y Responsabilidad Civil. El refuerzo de los derechos fundamentales a través de los remedios civilísticos*. Lima: Departamento Académico de la PUCP, 2006.
- León Hilario, Leysser. "Funcionalidad del "daño moral" e inutilidad del "daño a la persona" en el derecho civil peruano", *Revista Peruana de Jurisprudencia*, N° 23 (2003).
- Limardo, Alan. "Repensando las máximas de experiencia", *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, N° 2 (2021): 115-153, https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i2.22464.
- Limay Chávez, Raquel. "Las máximas de experiencia en la valoración racional de la prueba: Uso adecuado e inadecuado desde la perspectiva de género", *Revista IUS ET VERITAS*, N° 63 (2021): 208-223, <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202102.011>.
- Limongi França, Rubens. "*Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais*", *Revista dos Tribunais: RT, São Paulo*, vol. 72, N° 567 (1983): 9-16, <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/165572>.

- Linares Álvarez, Daniel. “¿El dinero cura todas las heridas? Me parece que no. Reflexiones sobre el daño moral”, *THEMIS Revista de Derecho*, N° 71 (2017): 257-271, <https://doi.org/10.18800/themis.201701.017>.
- Lopes de Araújo, Alexandra y Ramos da Silva, Diogo Severino. “*Relativização do ônus da prova conforme o Código de Processo Civil 2015*”, *Derecho y Cambio Social*, N° 55 (2019): 568-579, <https://www.derechoycambiosocial.com/anexos/ANTERIORES.htm>.
- López Rueda, Francisco Carlos. “La indemnización de los daños morales a los pasajeros del Costa Concordia (STS 8 Abril 2015)”, *Revista de Derecho del Transporte*, N° 25 (2020): 139-186.
- Manzanero, Antonio L. “La psicología del testimonio. Obtención y análisis de las declaraciones de testigos”, en *Manual de Prueba Pericial*, coordinado por Carmen Vázquez, 295-317. Ciudad de México: Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/manuales-de-actuacion>.
- Mazzoni, Giuliana. *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*, traducido por José Manuel Revuelta. Madrid: Trotta, 2010.
- Mendonca, Daniel. “Presunciones”, *DOXA Cuadernos de filosofía del derecho*, vol. 1, N° 21 (1998): 83-98, <https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcbk215>.
- Mercado Neumann, Edgardo. “Fundamentos del sistema de responsabilidad civil extracontractual”, *THEMIS Revista de Derecho*, N° 10 (1988): 70-73, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10727>.
- Mitidiero, Daniel . “La tutela de los derechos como fin del proceso civil”, en *La justicia civil en el Estado Constitucional. Diálogos para un diagnóstico*, traducido por Renzo Cavani Brain y Christian Delgado Suárez, 187-224. Lima: Palestra, 2016.
- Muffato, Nicola. “Michele Taruffo sobre las máximas de experiencia”, *Derecho & Sociedad*, N° 57 (2021): 1-38, <https://doi.org/10.18800/dys.202102.003>.
- Nieva Fenoll, Jordi. “La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida”, en *Contra la carga de la prueba*, Jordi Nieva Fenoll et al., 23-52. Madrid: Marcial Pons, 2019.

- Papayannis, Diego. “Responsabilidad por el dolor causado y sufrido”, en *Ensayos de Filosofía del Derecho privado*, editado por Juan Antonio García Amado y Diego Papayannis. Lima: Palestra Editores, 2020.
- Papayannis, Diego. “El valor intrínseco de la responsabilidad civil”, *Anuario de filosofía del derecho*, N° 34 (2018): 119-148.
- Pérez Ragone, Álvaro y Pablo Roberto Toledo. “Flexibilidad probatoria y dilemas en el nuevo derecho procesal del consumo chileno”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, N° 54 (2020): 89-112, <http://dx.doi.org/10.14482/dere.54.345>.
- Pérez Ragone, Álvaro. “La tutela civil inhibitoria como técnica procesal civil de aplicación de los principios de prevención y precaución”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 28, N° 1 (2007): 207-234, <https://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/645>.
- Picardi, Nicola. *Manuale del Processo Civile*, 4ª Ed. Milán: Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.
- Picó i Junoy, Joan. “La prueba del dolor”, en *Neurociencia y Proceso Judicial*, dirigido por Michele Taruffo y Jordi Nieva-Fenoll, 83-96. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- Posner, Eric. “Law and the Emotions”, *Georgetown Law Journal*, N° 103 (2000): 1-42, https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/303/.
- Priori Posada, Giovanni y Roberto Pérez-Prieto de las Casas. “La carga de la prueba en el proceso laboral”, *Revista IUS ET VERITAS*, N° 45 (2012): 334-345, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12007>.
- Quejereta, Luis Miguel. “Validez y credibilidad del testimonio. La psicología forense experimental”, *EGUZKILORE*, N° 13 (1999): 157-168, <http://hdl.handle.net/10810/25430>.
- Ramírez Ortiz, José Luis. “El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género”, *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, vol. 1 (2019): 201-246, https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i0.22288.
- Retamozo Escobar, Jaliya. “Daño a la persona y daño moral: un paso adelante...”, *Actualidad Civil*, N° 11 (2015): 186-203.

- Sirena, Pietro. “*Il concetto di «danno» nella disciplina italiana e francese della responsabilità civile*”, *Rassegna di diritto civile*, N° 2, (2019): 544-565, <https://www.edizioniesi.it/e-shop/estratti-pdf/rassegna-di-diritto-civile/rassegna-di-diritto-civile-2019/rassegna-di-diritto-civile-2-2019/il-concetto-di-danno-nella-disciplina-italiana-e-francese-della-responsabilit%C3%A0-civile.html>.
- Solís Espinoza, Alejandro. “*Psicología del testigo y del testimonio*”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, N° 53 (2000): 1013-1052, <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200001.032>.
- Taboada Córdova, Lizardo. *Elementos de la RESPONSABILIDAD CIVIL. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, 2ª Ed., Lima: Grijley, 2003.
- Tapia Cornejo, Bruno. *El derecho de las obligaciones. La prueba del daño moral en la jurisprudencia*. Lima: Instituto Pacífico, 2022.
- Taruffo, Michele. “*Casi una introducción*”, en *Contra la carga de la prueba*, Jordi Nieva Fenoll et al., 11-22. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- Taruffo, Michele. “*Inferences in judicial decisions about facts*”, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, N° 1 (2018): 187-198, <http://www.revistamarcialpons.es/rivitsproc/article/view/inferences-in-judicial-decisions-about-facts>.
- Taruffo, Michele. “*Considerazioni sulle massime d’esperienza*”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 63, N° 2 (2009): 551-570.
- Taruffo, Michele. *La prueba de los hechos*, 2ª Ed., traducida al español por Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2005.
- Taruffo, Michele. “*Certezza e probabilità nelle presunzioni*”, *Il Foro Italiano*, vol. 97 (1974): 83-112, <http://www.jstor.org/stable/23164087>.
- Theodoro Júnior, Humberto. “*Processo Justo e contraditório dinâmico*”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, vol. 2, N° 1 (2010): 64-71, <https://doi.org/10.4013/4776>.

Valdés Díaz, Caridad del Carmen. “Protección civil a los derechos inherentes a la personalidad”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 68, N° 271 (2018): 441-466, <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2018.271.65327>.

Victoria León, César Luna. “Código civil de 1852: lo nacional y lo importado”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, N°42 (1988): 73-100, <https://doi.org/10.18800/derechopucp.198801.003>.

Zavala de González, Matilde y Rodolfo González Zavala. *La responsabilidad civil en el nuevo Código, Tomo III*. Ciudad de Córdoba: Alveroni Ediciones, 2018.

Referencias jurisprudenciales

Casación N° 4619-2009 Ucayali. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2010.

Corte Superior de Justicia de Junín, Sala Laboral Permanente de Huancayo, Resolución N° 08 (Sentencia) del Exp. N° 0155-2017-0-1501-SP-LA-01, 2017.

Corte Superior de Justicia de Lima, Cuarta Sala Laboral Permanente, Resolución N° 11 del Exp. N° 07771-2019-0-1801-JR-LA-06, 2022.

Corte Superior de Justicia de Lima, Cuarta Sala Laboral Permanente, Resolución N° 13 del Exp. N° 16296-2019-0-1801-JR-LA-84, 2021.

Corte Superior de Justicia de Lima, Segunda Sala Laboral, Resolución N° 14 del Exp. N° 7147-2017-0-1801-JR-LA-08, 2022.

Corte Suprema de Justicia de la República, Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, Casación N° 7204-2014 Arequipa, 2015.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente, Casación N° 1070-95 Arequipa, 1995.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente, Casación N° 1318-2016 Huancavelica, 2016.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente, Casación N° 3187-2005 La Libertad, 2005.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente, Casación N° 699-2015 Lima, 2015.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Transitoria, Casación N° 1118-2013 San Martín, 2013.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Transitoria, Casación N° 2084-2015 Lima, 2016.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Transitoria, Casación N° 4385-2015 Huancavelica, 2016.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Transitoria, Casación N° 5677-2017 Lambayeque, 2019.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Laboral Permanente, Casación N° 3289-2015 Callao, 2016.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación N° 2673-2010 Lima, 2011.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación N° 657-2014 Cusco, 2016.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Transitoria, Recurso de Nulidad N° 1507-2011 Lima Norte, 2011.

Corte Suprema de Justicia de la República, Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, Casación N° 08960-2018 Lima, 2021.

Corte Suprema de Justicia de la República, Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, Casación N° 17779-2017 Lima, 2019.

Corte Suprema de Justicia de la República, Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, Casación N° 2192-2020 Lima, 2022.

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

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

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

Corte Suprema de Justicia de la República, Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, Casación N° 7658-2016 Lima, 2016.

Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral de Chiclayo, 2018.

Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral de Tacna, 2019.

Tercer Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República, Casación N° 4664-2010-Puno, 2011.

V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional, 2016.

