

## La prueba del daño moral

Por Nicolás Boncini <sup>1</sup>

**Sumario:** I.- Introducción. II.- Hacia un concepto de daño moral. III.- Posturas ontológicas y epistémicas. IV.- Quaestio Facti. 1.- La prueba del daño moral: desde una posición cognoscitiva. 2.- La prueba del daño moral: desde una posición no cognoscitivista. V.- Evaluación de los argumentos y conclusión. VI.- Bibliografía.

**Resumen:** Reflexionar acerca de la naturaleza del daño moral puede resultar una cuestión harto compleja, puesto que nos plantea la necesidad de indagar sobre los caracteres que encierran y definen a este tipo de entidad que ha sufrido un menoscabo susceptible de reparación o resarcimiento. Este análisis requiere, como cuestión inicial, remontarnos a la naturaleza misma de las cosas que existen, porque para que puedan ser dañadas, las cosas, los entes, primero deben existir, esto es natural y obvio. Recién luego de que podamos identificar la naturaleza de su existencia, estaremos en condiciones de avanzar en el análisis de las causas y condiciones que nos permitan verificar la existencia de un perjuicio o menoscabo del que se derive (o no) un resarcimiento al sindicado como culpable. Esto implica indagar acerca de la prueba del daño moral, sus medios, requisitos y posibilidades. En las sociedades modernas, la confianza en el proceso judicial, se asienta y depende cada vez más de la seriedad y razonabilidad probatoria, por ello reparar en los mejores recursos o posibilidades de acreditación de los hechos, redundara en un mejor sistema de justicia.

**Abstract:** Reflecting on the nature of moral harm can be a quite complex issue, as it poses the need to inquire into the characteristics that encompass and define this type of entity that has suffered a damage capable of being repaired or compensated. This analysis requires, as an initial matter, going back to the very nature of things that exist, because for things, entities, to be harmed, they must first exist; this is natural and obvious. Only after we can identify the nature of their existence, we will be in a position to progress in the analysis of the causes and conditions that allow us to verify the existence of harm or damage from which

<sup>1</sup>Abogado (UNC, 2003), Especialista en Derecho Laboral (UNC, UCC, 2008), Especialista en Derecho Procesal (UNC 2010), Adscripto Derecho Privado II (UNC, 2011), Magister en Derecho y Argumentación Jurídica (UNC, 2023)

**Palabras clave:** Daño moral - Concepto de daño moral - Posturas epistémicas - Prueba del daño.

**Keywords:** Moral harm - Concept of moral harm - Epistemic stances - Proof of harm.

compensation for the accused may or may not arise. This implies investigating the proof of moral harm, its means, requirements, and possibilities. In modern societies, trust in the judicial process is increasingly grounded and dependent on the seriousness and reasonability of evidence; therefore, paying attention to the best resources or possibilities for substantiating facts will result in a better justice system.

## I.- Introducción

En torno a los criterios de determinación del daño moral se han producido una infinidad de debates. Pizarro-Vallespinos<sup>2</sup> dan cuenta de ellos partiendo del hecho de que en la órbita del derecho civil (art 1744 CCyC): “El daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos”

Cierto sector de la doctrina y jurisprudencia nacional distingue –en cuanto a la prueba del daño moral– según si el daño moral proviene de un acto ilícito *aquiliano* o si el mismo deviene de un incumplimiento contractual. En el primer caso, el daño debiera tenerse por acreditado *in re ipsa* y correspondería en cambio la prueba de descargo sobre el sindicado como responsable.

En la responsabilidad contractual, en cambio, el daño no se presumiría, requiriéndose en tal caso la carga probatoria sobre el accionante. Pero si el daño es el mismo, si tiene la misma entidad pero distinta fuente de responsabilidad ¿no será caprichoso tratarlos de manera distinta?

Para otro sector de la doctrina el daño moral no requiere de prueba específica y debiera tenérselo por presumido por el solo hecho de la acción antijurídica. Pero los indicios o presunciones son medios de prueba, entonces, ¿es correcto afirmar que no requieren de prueba?

Estos interrogantes, en definitiva, dan cuenta de la falta de consenso sobre qué debe entenderse por daño moral, cuáles pueden ser los parámetros o medios probatorios que pueden ser utilizados y finalmente cómo debe ser cuantificado para aplicarlo al pago de una indemnización.

El concepto mismo de daño moral es polisémico por cuanto parecen implicarse semánticamente distintas raíces filosóficas, tanto de filosofía general (o mayor) como de filosofía del derecho (menor). Esto contribuye a ampliar las discusiones y el desconcierto al momento de fijar criterios de determinación.

Es posible que desde la práctica jurídica se suponga que los criterios son uniformes, comunes en los operadores del derecho (en cuanto al sentido que se le asigna al concepto de daño moral). Sin embargo y aún el caso de que se evidenciara lo mencionado, es también posible que esa creencia implícita, común, no se encuentre debidamente fundada, provocando que se incurra en contradicciones, falacias y sesgos.

¿Ciudadanos y operadores jurídicos le asignan el mismo sentido al concepto de daño moral? ¿Qué medios probatorios son requeridos para determinar la existencia y la extensión del daño moral? ¿Debe probarse el daño moral o debe ser presumido?

<sup>2</sup> PIZARRO Daniel y VALLESPINOS Carlos G., (2017), *Tratado de responsabilidad civil*, Buenos Aires, Argentina, Ed Rubinzal Culzoni, Tomo I, p. 216.

¿Realmente es un hecho? ¿Existen pautas igualitarias para la determinación del daño moral?

La discusión no es baladí porque el tema no solo se refiere a la reparación de daños, sino también a los criterios de justificación de las sentencias. Con ello la garantía del principio de igualdad cobra relevancia.

De modo que se pretende desentrañar cuáles son los criterios mediante los cuales los tribunales tienen por acreditado el daño moral y si estos criterios se encuentran suficientemente fundados.

Se desarrollarán dos posiciones, una que denominaremos cognoscitiva y su opuesta, la no cognoscitiva. Mediante ellas, dos cosmovisiones de lo que existe en el mundo, de lo que puede y como debe ser probado se enfrentarán. No se pretende asumir una posición final, sino más bien describir y conectar sus implicancias, sus orígenes y fundamentos.

Son paradigmas que se enfrentan desde lo filosófico, lo jurídico y lo procesal. Se erigen como construcciones históricas del pensamiento humano que se proyectan, entre otros aspectos, en el probatorio del daño moral. Porque su concepto entraña mucho más que la sola referencia a un rubro resarcitorio del derecho de daños.

## II.- Hacia un concepto de daño moral

Abogados, jueces y doctrinarios del derecho nos referimos con frecuencia al daño moral. Es común que en las facultades de derecho se dicten las materias vinculadas a los daños y a la reparación de los mismos (en la órbita del derecho civil) distinguiendo entre daño contractual y extracontractual; daño patrimonial (material, pérdida de chance, lucro cesante, etc) y extrapatrimonial o moral, etc. Nada parece inducir a confusión y se considera sobreentendida tanto la extensión y como la intensión de los conceptos.

Un reciente estudio de casos jurisprudenciales trata de los criterios de cuantificación del daño moral en la provincia de Córdoba (Argentina) y refiere que en esta jurisdicción se sigue mayoritariamente el concepto de daño moral elaborado por Matilde Zabala de González, lo que implica la adhesión al criterio de una lesión a un interés de naturaleza extrapatrimonial<sup>3</sup>. La autora<sup>4</sup> considera al daño moral como:

...una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente perjudicial (Zabala de González Matilde 1996)

Autores clásicos en la órbita nacional tales como Bustamante Alsina<sup>5</sup>, Daniel Pizarro y Gustavo Vallespinos<sup>6</sup> comparten la definición de Zabala de González. Sostienen que si los derechos que han sido atacados por un ilícito se encuentran dentro de un patrimonio, los daños son materiales (o patrimoniales); si en cambio no integran un patrimonio, son extrapatrimoniales (o morales) en tanto se deriven de la afectación de la integridad corporal, psíquica o la salud de las personas humanas, precisamente

<sup>3</sup> JUÁREZ FERRER Martín, (2017), *Cuantificación del daño*, Buenos Aires, Argentina, Ed La Ley. p. 195.

<sup>4</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ Matilde, (1996), *Resarcimiento de daños*, Buenos Aires, Argentina, Ed Hammurabi, T. 2a) p. 49.

<sup>5</sup> BUSTAMANTE ALSINA Jorge, (1997), *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Argentina, Ed Abeledo Perrot., p. 237.

<sup>6</sup> PIZARRO-VALLESPINOS (n.3) p. 138.

porque éstas no tienen un correlato apreciable en dinero que pueda ser utilizado como pauta válida de compensación, puesto que no se encuentran en el comercio. Bustamante Alsina define al daño moral como “la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual o agravio a afecciones legítimas, en general toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria” (Bustamante Alsina Jorge, 1997).

De modo que cuando se distingue entre daño patrimonial y daño extrapatrimonial o moral (los autores los asimilan conceptualmente) el criterio de distinción no radica en la índole de los derechos afectados sino en la extensión, en el sentido de la repercusión de los mismos, en la naturaleza específica de ese bien afectado. De modo que, si la afectación es de índole no patrimonial, la reparación pretendida tendrá el carácter de daño moral. La clasificación es pues binaria, en cuanto a los bienes jurídicos susceptibles de reparación, no hay bajo esta mirada una tercera alternativa.

En el mismo sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) denomina “daño inmaterial” al que en nuestras jurisdicciones se denomina daño moral. La CIDH entiende en su jurisprudencia<sup>7</sup> que el daño inmaterial “puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados por la violación como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y cualquier alteración, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de las víctimas”.

Se evidencia así una idea constante en el concepto, recurrente, el de la necesaria afectación a una persona humana, en sus sentimientos, dignidad, ánimo, espiritualidad o inmaterialidad. Esta afectación, se transforma en daño, precisamente por su requisito de certeza, subsistencia y personalidad, ya que de lo contrario no habría daño en el sentido jurídico del término<sup>8</sup>. Es que conforme la teoría del resarcimiento de daños, los presupuestos que deben darse para que operen estos son que sea cierto, esto es constatable y no meramente eventual o hipotético, subsistente y personal, con relación a un interés legítimo no reprimido por el ordenamiento jurídico.

A esta altura ya podemos inferir que el daño del que hablan los juristas, para ser moral, no debe recaer sobre una materialidad u objeto en particular, sino que es indirecto, reflejo, respecto de una acción u omisión que causa ese estado en una persona humana. Es la muerte de “...”, es la lesión corporal sufrida en “...”, son los dichos respecto a “...” los que generan en un sujeto en particular ese menoscabo anímico, emocional, sentimental, lo que suele reducirse a la idea de una afectación espiritual, por contraposición a la meramente corporal. Son los estados mentales, anímicos, emocionales que causan esos hechos, en las personas humanas, en su subjetividad, los que son resarcidos por esta particular figura.

Sin embargo, los autores diferencian el daño moral del psicológico. Es curioso este aspecto, porque si consideramos la definición aportada por Matilde Zavala de González advertiremos que se pronuncia por la afectación de la capacidad de “...de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de este y

<sup>7</sup> CIDH -CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS\* CASO VALLE AMBROSIO Y OTRO VS. ARGENTINA SENTENCIA DE 20 DE JULIO DE 2020

<sup>8</sup> BUSTAMANTE ALSINA (n. 9) p. 171-171.

ánimicamente perjudicial...” y este espectro de supuestos parecen referirse a nociones propias del campo de la psicología. Sin embargo, la autora expresa<sup>9</sup>:

...Ante todo conviene advertir que no toda alteración anímica a consecuencia del hecho constituye una lesión psíquica en sentido propio. Esta constituye una enfermedad (más o menos estable o bien transitoria o accidental); no hay daño psíquico en el sentido estudiado con respecto, por ejemplo, de la perturbación anímica que de ordinario acompaña a los dolores emergentes de un daño físico, en tanto y en cuanto no se advierta aquel matiz patológico....

El reconocido epistemólogo Rom Harré<sup>10</sup>, afirma que el campo de la psicología es “el estudio del pensamiento, el sentimiento (las emociones), la percepción y la acción de la persona humana”, por lo que la extensión del concepto daño moral parece reducirse inexorable, casi problemáticamente, si se lo escinde de la psicología.

Si lo comprendido por el concepto de daño moral (extensión) no es reducible al conjunto de elementos que componen la psicología, en tanto a lo que se refiere y abarca su concepción científica, entonces hay algo distintivo en el concepto, una propiedad no incluida en otras y por la que parece legítimo asumir un criterio de aplicación especialmente relevante que motiva su resarcimiento.

El afinamiento conceptual del daño moral, su diferencial, parece reducirse entonces hacia lo que de modo reiterado se expresa como una nota distintiva de este tipo daño, hacia una entidad ontológica que no es material, corporal ni patrimonial y es a la vez humana: el Espíritu.

De algún modo los autores parecen sugerir (y la jurisprudencia aceptar) que aquello que siente y sufre el menoscabo no es el cuerpo ni la psiquis humana, sino el “espíritu”, lo que constituiría ontológicamente otra cosa distinta de aquellas y en las que se resumirían los aspectos más identitarios de los seres humanos tales como el honor, la dignidad, la capacidad de sufrir y gozar, la portadora de los proyectos de vida y la afectividad, etc. (Zabala de González Matilde 1996).

Conforme las referencias señaladas, se podría pensar en una suerte de trilogía de bienes que integran la esfera de ser humano y que no se confunden entre sí, sino que se complementan, en los que ante la producción de una lesión o menoscabo pueden ser resarcidos de modo independiente, precisamente por su diferente naturaleza y en función de lo que ontológicamente representan: el cuerpo, la psiquis y el espíritu. Los conceptos son construcciones, unidades mentales que describen propiedades respecto de las cuales se encuentran incluidas, de modo indeterminado, seres y cosas (García Morente, 2013)<sup>11</sup>. Esas “realidades” a las que hacemos referencia y sobre las que “generalizamos” cuando conceptualizamos pueden ser de distinta índole, ya que en ocasiones se refieren a una existencia externa, objetiva, realista del mundo y en otras ocasiones nos referimos a realidades de tipo interno, subjetivas o ideales, en las cuales no es posible describirlas en una suerte de relación “mundo-mente”, sino en una relación inversa, de tipo “mente-mundo” y aquí la cuestión se complejiza, porque para asumir un concepto como válido, debemos participarnos del tipo de realidad ontológica, metafísica a la que hacemos referencia.

<sup>9</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ Matilde, (n.8) p. 263.

<sup>10</sup> HARRE Rom, (2002), *Cognitive Science, A Philosophical introduction*, SAGE, Londres, Inglaterra. (traducción de prof Nicolas Venturelli), p. 1.

<sup>11</sup> GARCÍA MORENTE Manuel, (2013), *Lecciones preliminares de filosofía*, Buenos Aires, Argentina, Ed Losada. P 375.

Cuando nos referimos a esta trilogía sobre la que los autores parecen coincidir cuando hablan de las entidades susceptibles de ser dañadas en los seres humanos: cuerpo, psiquis, espíritu, debemos aceptar que respecto de las primeras dos existe un cierto consenso y evidencia de su campo disciplinar y de hecho han sido las ciencias –por medio del método científico– las que se han ocupado de su desarrollo. Resulta más complejo en cambio, desentrañar el campo de conocimiento que resulta aplicable a las cuestiones espirituales, tanto en lo que se refiere a brindar un concepto de aquello que se designa como “espíritu” y su extensión, sino también para evidenciar los supuestos en los que se puede afirmar que se ha causado un menoscabo en su particular substancia.

Siguiendo a García Morente (García Morente, 2013) en sus lecciones preliminares de filosofía, los espacios de la Ontología (teoría del ser y de los entes) pueden resumirse en cuatro categorías esenciales: cosas reales; objetos ideales; valores y objetos metafísicos.

¿A cuál de estas regiones (categorías ónticas) corresponde el Espíritu? Al menos en el sentido al que nos referimos los operadores jurídicos cuando hablamos de daño moral.

Creo que discurrir en esta pregunta o al menos fijar una postura, nos permitirá tener un punto de partida firme respecto de los criterios y medios de prueba que son necesarios para inferir su menoscabo o afectación del daño moral.

### III.- Posturas ontológicas y epistémicas

Nos preguntábamos por las categorías ónticas dentro de las cuales puede encontrarse el “espíritu”, al menos al que se refieren los juristas cuando hablan de daño moral. Discernir si es un ente material o ideal en primer término; si por el contrario participa de los atributos que se corresponden a los valores o finalmente, si es un tipo de ente metafísico que excluye a las anteriores.

Quizás para comprender el origen de estas ideas debamos hacer una revisión histórica, más diacrónica que sincrónica. Podemos identificar que estas ideas se fueron gestando entre los siglos XVII y XVIII con la diferenciación que hiciera el filósofo Rene Descartes, entre cuerpo y alma. Afirmaba que los hombres estaban compuestos de estos dos tipos de substancias.

Descartes<sup>12</sup> planteaba que la realidad en general y entre ella los hombres, se dividían en dos tipos básicos de substancias, una es la materia común, la que describe como una “cosa extensa” y es la que ocupa una posición en el espacio que percibimos (las cosas en general, el cuerpo humano en particular); un segundo grupo se compone de una substancia que carece de dicha propiedad extensa y es la que se deriva del acto de pensar: el alma o espíritu, que se encuentra presente en los hombres. Hoy en día, modernamente, le llamaríamos mente.

El alma o espíritu estarían conformados por esta substancia distinta a la del cuerpo, tanto que, sin ocupar un lugar en el espacio, sería la responsable de actuar sistémica y causalmente con él, siendo la destinataria final de los sentidos, las emociones y quien instruiría a nuestras intenciones. En definitiva, es la responsable final de nuestras conductas y pensamientos.

<sup>12</sup> GARCÍA MORENTE Manuel (n. 7) p. 159.

En lo sucesivo se configuró un nuevo enfoque en el mundo, uno dual, que fue creciendo y erigiéndose como el modelo imperante de acceso al conocimiento, uno cierto, previsible, confiable: el método científico.

El dualismo es un enfoque que plantea que la esencia de la inteligencia consciente reside en algo no físico (Churchland Paul M. 1992)<sup>13</sup>. Esta es la teoría más popularizada sobre la mente, tiene un profundo arraigo en la mayor parte de las religiones universales y es aún hoy la hipótesis dominante en la historia de occidente. De allí derivaron las concepciones que planteaban la existencia de un alma que actúa como un “homúnculo” (una criatura con fuerza de voluntad) y que sería la que guía la voluntad de las personas humanas. Un fantasma dentro de una maquina (el cuerpo humano). Por supuesto que dentro de las posturas dualistas las hay más extremas y evolucionadas argumentalmente que otras (dualismo material, epifenomenismo, interaccionismo e irreductibilidad de las propiedades), pero sin embargo comparten este criterio de base, en cuanto a la división de las categorías ónticas: una material o extensa (el cuerpo y las cosas) y otra inmaterial o inextensa (la mente, el espíritu, energías).

Esta dualidad del “Ser” implicaría la imposibilidad de acometer bajo la misma ciencia o método el estudio de una y otra categoría, por cuanto siendo una no física, jamás podrían reducirse a esta al concepto de las ciencias físicas, biológicas, etc., y viceversa, ya que no podrían ser explicadas en tales términos.

El conductismo filosófico en cambio surgió como una reacción al dualismo cartesiano. Partiendo del uso del lenguaje y con criterio analítico consideraba que en realidad, cuando se habla de emociones, sentimientos, creencias y deseos (estados internos) en realidad los que ocurría es un modo abreviado de hablar respecto de modelos reales y potenciales de conducta (y no de episodios internos fantasmales). Se consideraba así que no tiene sentido el problema planteado, es irrelevante (un seudoproblema), aunque claramente es compatible con la concepción materialista que se analizará seguidamente.

Abordar desde lo jurídico estas posiciones epistémicas puede resultar extraño, pero no lo es si consideramos seriamente la perspectiva de los hechos que son analizados como presupuestos normativos y de la jurisprudencia. Posiblemente sea por la carencia de este tipo de abordajes interteóricos que se produzcan desajustes en los espectros de realidad compartidos con otras disciplinas, con las ciencias en general. Si bien se ha caracterizado al derecho como la ciencia del “deber ser” (Kelsen), debe aceptarse que este aspecto no puede serlo todo, puesto que sin un conocimiento del “Ser” no podría, no tendría sentido referirnos acerca de lo que “debe ser”. El “deber ser” depende de lo que “es” y se propone regularlo, transformarlo, predecirlo, pero no puede prescindir de su existencia precisamente porque los destinatarios de dichas normas existimos y tenemos una relación con las cosas y con los otros, estamos imbuidos en el mundo del Ser.

#### IV.- Quaestio Facti

El propósito es abordar los aspectos probatorios del daño moral en un proceso judicial. Para hacerlo asumiremos dos enfoques distintos, que son constitutivos de las referencias ontológicas del ser: la concepción cognoscitiva (realista) y la no cognoscitiva (idealista). La primera es aquella en la que la realidad se encuentra en

<sup>13</sup> CHURCHLAND Paul, (1992), *Materia y Conciencia*, Barcelona, España, Ed Gedisa. p.24.

un mundo interior (psíquico) o exterior (físico) al ser humano, de tipo científico y con métodos de razonamiento predominantemente inductivos; por su parte, la segunda, en cambio es de tipo ideal, conceptual, en ella impera una lógica de tipo deductivo o formal, no pretende una correspondencia con el mundo de las entidades físicas o psíquicas sino con el de las inferencias o implicancias derivadas del uso de la razón y las ideas.

El quehacer jurídico-judicial se caracteriza por la aplicación de determinados criterios de razonamiento de tipo formal, los denominados silogismos prácticos, donde a partir de una premisa mayor (la norma jurídica) y una premisa menor (presupuesto factico), se concluye en una resolución o sentencia. Ahora bien, esta premisa menor es un presupuesto que se encuentra incluido en la premisa mayor, es el sujeto del predicado, de modo que, si verificara su presencia, correspondería extenderle la consecuencia también prevista en la premisa mayor.

Este tipo del silogismo es conocido como *modus ponens* e implica lo que hemos expresado más arriba: Si A entonces B; Se verifica A, entonces corresponde B, que es su predicado. Habitualmente se designa a la premisa menor como una “cuestión de hecho” prevista en la norma de manera abstracta (*queastio facti*), siendo la premisa mayor la norma jurídica (*queastio iuris*), pero aunque se la denomine como cuestión de hecho (*queastio facti*), en cuanto a su ontología, no necesariamente debe ser de tipo físico o verificable en una realidad de tipo empírica, sino que también puede ser de tipo ideal, conceptual o valorativa (siguiendo la clasificación ontológica de García Morente).

González Lagier (González Lagier 2013)<sup>14</sup> explica que aunque en general se menciona como “hecho” a todo aquello que ocurre en el mundo espacio-temporal, el sentido en el que lo aplican los juristas es uno más restringido, es asimilable a la idea de “evento” con el alcances dado por Bertrand Russell: “aquello que hace verdaderas o falsas nuestras proposiciones o creencias”, esto implica que no se predica la verdad directamente de los hechos/objetos, sino de las creencias que se tengan de los mismos y de sus enunciados descriptivos.

Lo que llamamos “hechos probados” o verificados, no son más que enunciados asertivos de los que en realidad se predica su verdad (Gascón Abellán M. 2010)<sup>15</sup>, por ello resulta de importancia diferenciar las distintas concepciones de verdad que disponemos y sobre las cuales determinar la propiedad de esos enunciados asertivos: verdad por correspondencia, verdad como coherencia o una concepción pragmática de la verdad. (Gascón Abellán M. 2010).

La verdad por correspondencia, se diferencia de los otros criterios en cuanto a que para afirmar la verdad de un enunciado requiere, como presupuesto, la existencia de un tipo especial de relación denominado “correspondencia”, el que se debe dar en una realidad objetiva e independiente del sujeto observador, que es el que afirma la verdad del enunciado y el objeto de análisis (del que se predica su carácter veritativo). Esto implica asumir inicialmente que se trata de una entidad que puede ser percibida, experimentada, en definitiva “cognoscible” por los sujetos de la interacción.

<sup>14</sup> GONZÁLEZ LAGIER Daniel, (2013), *Quaestio facti* (Ensayos sobre prueba, causalidad y acción), Barcelona, España, Ed Marcial Pons.p.2

<sup>15</sup> GASCÓN ABELLÁN Marina, (2010), *Los hechos en el derecho*, Barcelona, España, Ed Marcial Pons, p.50.



Esta concepción es aplicable de modo preponderante en las ciencias físicas y naturales, precisamente porque en ellas sí hay una realidad que puede ser captada objetiva e independiente del sujeto observador, y en ese correlato o en la mejor aproximación de esa relación (correspondencia) se encontraran los criterios de verdad.

En la vereda opuesta, las teorías de verdad como coherencia o las pragmáticas, se diferencian por no asumir una relación de verdad de tipo necesaria u objetiva a los sujetos que la observan (de correspondencia), en la creencia de una realidad externa, sino más bien asumen cierta dificultad teórico-práctica en ello, por cuanto creen que solo puede afirmarse la verdad o falsedad de un enunciado cuando se tiene una creencia de tipo subjetiva o intersubjetiva del enunciado propuesto como verdad. Consideran que -desde una visión internalista- que todos nuestros conceptos están mediatizados por nuestras capacidades, redes de creencia, esquemas mentales, etc. La verdad dentro de una concepción de tipo coherentista, en cambio, vira el criterio de verdad hacia aquellos supuestos en los que se pueda sostener la coherencia interna de los enunciados, dentro de un particular sistema de creencias o teoría. Es decir, cree que la verdad se encuentra en la totalidad, pero poniendo a los enunciados absolutamente fuera del control de los hechos. Es de tipo formal, con los riesgos que implica la carencia de un anclaje de tipo realista y la posible contradicción que se asume del hecho innegable de que, ante dos sistemas de creencias opuestos, internamente coherentes, puedan predicarse valores de verdad incompatibles.

Si se asume una postura de tipo cognoscitiva -en cuanto a la indagación de daño moral- quien lo haga deberá procurar una integración de la premisa menor del silogismo judicial en base a cuestiones de hecho que se encontraran en un plano de realidad externo, objetivo, independiente al de los sujetos que integran el proceso de conocimiento judicial (questio facti) y la pretensión será la búsqueda de una verdad por correspondencia, objetiva y demostrable.

Si en cambio se asume una postura no cognoscitiva, la cuestión de los hechos no estará dirigida tanto a la acreditación del daño moral en cuanto a una entidad sobre la que debe verificarse su existencia o no, su correspondencia con un mundo exterior, sino que dependerá, preponderantemente, de aspectos interpretativos, de un convencimiento subjetivo que se da en el proceso de calificación y valoración.

1.- La prueba del daño moral: desde una posición cognoscitiva.

Bajo una postura cognoscitiva, probar la existencia de un daño moral concreto - en cuanto premisa menor del razonamiento judicial- implicara asumir una actitud cognoscitiva y metafísica del mundo. Esta mirada es propia del criterio de verdad por correspondencia que hemos desarrollado supra, al cual adhieren-en general- los sistemas jurídicos de modo preponderante<sup>16</sup>.

En este sentido se cree que el fin del proceso judicial es la averiguación judicial de los hechos, tal y como ha ocurrido en la realidad. Quizás pueda compartirse que se ha superado, junto al positivismo extremo, una pretensión de conocimiento cierto, único e inmutable, asumiendo en cambio una posición más prudente que si bien afirma la verdad de los enunciados, es consciente del carácter provisorio y revisable de los mismos.

<sup>16</sup> GASCÓN ABELLÁN (n.4) p. 59)

Aquí el método de conocimiento es inductivo, lo que implica que no pueda predicarse más que un grado de probabilidad, mayor o menor, de base experimental, en cuanto a las verdades que podemos afirmar del mundo y de los fenómenos. Si bien el conocimiento inductivo no es “necesariamente” cierto, como si lo es el método deductivo de las ciencias formales, es el único que extiende las fronteras de nuestro saber, por cuanto el método deductivo es analítico y basado en el principio de identidad, su saber es tautológico y no contingente.

¿Cuáles son entonces los hechos que podemos conocer y asumir como ciertos, dentro de esta concepción, en la indagación del daño moral?

Es el mundo de las entidades reales el que puede ser abordado desde las ciencias empíricas, por cuanto en ellas se cree en la existencia de un mundo exterior, objetivo que puede ser descubierto por los individuos y ya hemos visto que en este tipo de ciencias predomina el criterio de un tipo de verdad específico, el de la verdad por correspondencia.

Dentro de una postura cognoscitivista no es posible describir ni probar la causación de alguna afectación a entidades espirituales, sin embargo, sí puede desarrollar todo su potencial respecto de las otras notas o características que han sido sostenidas por los autores respecto de esta particular forma de dañar: lesión, muerte, sufrimiento, etc. Esta posición es descripta por Gascón Abellán como un modelo de averiguación de los hechos:

...En un modelo cognoscitivista, la idea de verdad de la declaración de los hechos de la sentencia es la correspondencia con la realidad, y no la de aceptación justificada ni la de coherencia del conjunto de los enunciados. Esto último puede servir como criterio subsidiario que ayude a determinar la verdad de los enunciados sobre los hechos –por ejemplo, si el relato no es coherente, seguramente no sean ciertos– pero no es la verdad. Verdadero es solo el relato de los hechos que se correspondan con la realidad. (Gascón Abellán M. 2010).

Los hechos que desde una postura cognoscitivista pueden ser probados en la premisa fáctica de un razonamiento judicial, pueden ser de varios tipos, pero esencialmente son externos (estados de cosas, sucesos, acciones intencionales o no intencionales, omisiones, intencionales o no intencionales) e internos (o psicológicos) (estados mentales, emociones, voliciones, creencias, acciones mentales). (González Lagier 2013) (Michelle Taruffo 2011) (Gascón Abellán M. 2010)

Los hechos externos son de carácter perceptivo, sensible, por lo que por medio de los sentidos (vista, tacto, gusto, oído y olfato) son evidenciados y luego interpretados. Algunos de estos hechos pueden ser naturales, artificiales o humanos, pero todos ellos remiten a este carácter externo y perceptivo que puede ser constatado de manera objetiva (por los sujetos perceptivos).

Los hechos internos o psicológicos carecen de ese carácter definitorio de los externos, precisamente porque ocurren en el interior de los individuos, de un modo subjetivo, este puede ser inferido de las conductas, palabras, gestos e incluso de estudios neurofisiológicos.

Si se pretendiera entonces asumir o determinar la existencia de un daño moral en base a un correlato experiencial del individuo-victima, en razón de su “sufrimiento, capacidad de entendimiento, desenvolvimiento, querer, sentir, dolor, angustia, pérdida, inquietud, etc.”, todo ello nos llevaría indefectiblemente a indagar en el mundo de los hecho internos, aquellos abarcados por la psicología y medicina

psiquiátrica, las que de manera integrada con otras ramas del saber científico, detentan en mayor medida su objeto de estudio.

2.- La prueba del daño moral: desde una posición no cognoscitivista

¿Qué ocurre cuando se asume una postura no cognoscitivista de daño moral? ¿Qué implica? En principio, que no es posible pretender un criterio de verdad por correspondencia. Esto es identificar, ajustar criterios de adecuación entre lo que se afirma como verdad y las propiedades que se verifican en una realidad que es, o se supone objetiva. En definitiva, cambiamos el criterio ontológico realista por uno de tipo ideal.

Si la realidad no está allí, si no es externa, entonces podemos asumir que el tipo de entidad que caracteriza al daño moral, esto es el alma, el espíritu como un centro de imputación es un concepto, una idea, la que claro puede ser compartida y entendida por toda una comunidad de hablantes, pero que no puede aspirarse a que sea verificada más que con los criterios de verdad que resultan compatibles con las entidades ideales: la verdad por coherencia en primer término, una verdad de tipo pragmática en segundo lugar.

En el terreno ontológico, metafísico, de los objetos ideales, tenemos -claro- las ideas, los conceptos, las relaciones, los objetos matemáticos y las esencias. Aquí sí tiene sentido referirse a sustancias distintas a las corpóreas, puesto que se encuentran en otro plano, uno intemporal e inmaterial, uno de idealidad (García Morente, 2013).

En el plano ideal no se producen las relaciones de causalidad, puesto que no hay fenómenos para observar, los objetos ideales no nacen, mueren, sufren o se corrompen, simplemente existen en nuestra mente y en la de otros hombres, pero si existen implica que son, tiene un ser. Pero no son alcanzados por el tiempo y el espacio como los objetos reales, son intemporales.

La idealidad es la contraria de la realidad, las relaciones que aquí se producen son de implicación, inferencia o deducción, como la premisa que está implicada en la conclusión. Aquí, en parte, tiene sentido la diferenciación que realizaba Descartes, un dualismo de las esencias, solo que las mismas no están en el mismo plano que los objetos reales, sino en nuestra mente, derivadas de nuestras creencias, razonamientos u abstracciones.

Por esa razón sería incorrecto vincular los entes ideales con los denominados "hechos del derecho" (quaestio facti), en una pretendida relación de correspondencia, puesto que estas jamás podrían entrar en conflicto con aquellas, los entes ideales solo establecen contacto con la realidad a través del puente del lenguaje, tanto el ordinario como el científico (Bunge Mario, 2013).

¿Cómo se incluyen en la premisa menor del silogismo judicial las cuestiones vinculadas a entidades ideales?

Cuando no se produce esta verificación previa de hechos, porque el presupuesto normativo es de tipo ideal o valorativo, todo el proceso es interpretativo y de calificación jurídica.

Asumir una postura no cognoscitivista, en relación al daño moral, implica la innecesidad de desarrollar las etapas tradicionales de prueba. Todo es pura calificación. Pura interpretación, ya que no se cree haya ninguna realidad interna o psicológica para descubrir, ya sea porque no existen los estados mentales, porque no pueden ser conocidos o porque no es necesario conocerlos en el proceso.

Si como se deriva de las posiciones doctrinarias referidas al daño moral, el perjuicio o menoscabo moral no puede identificarse con el sufrido en el cuerpo o en la psiquis. Si el daño causado es en esta particular entidad denominada espíritu humano, y si esta no es una entidad real sino ideal, entonces, al igual que ocurre con otros conceptos, esta existencia debe ser identificada por la razón, por procesos de inferencia interpretativa o valorativa. Debe ser calificada.

#### V.- Evaluación de los argumentos y conclusión

Atienza<sup>17</sup> afirma que son cuatro (4) los criterios generales más influyentes sobre los que se pueden evaluar las argumentaciones jurídicas: Universalidad, coherencia, adecuación de las consecuencias y moral social. En base a estas pautas o variables analizaremos los distintos argumentos y posiciones desarrolladas, a modo de balance y conclusión:

1. Universalidad: Bajo este criterio, las posturas cognoscitivas y no cognoscitivas se disputan un punto crucial: el de la *seguridad jurídica*. La seguridad jurídica se proyecta no solo hacia lo que puede ser esperable en una sentencia, sino que también se vincula con el necesario “ajuste” de las pautas de conductas que una sociedad (y un individuo) realiza en base a las referidas resoluciones judiciales.

La postura no cognoscitiva se exhibe más propensa a la discrecionalidad judicial y carece de medios probatorios que exhiban cierta robustez. Este aspecto complica la realización del postulado de seguridad jurídica. Decisor y pretensor solo parten de una mirada interior que se expresa en una creencia, que aunque compartida en una comunidad, no posee una referencia, un anclaje sobre el cual se puedan objetivar todas las miradas.

El punto de la subjetividad interpretativa ha sido tratado por González Lagier (2013) como “proyección de los estados mentales”, lo que implica que cuando se atribuye determinada intención, dolor, etc en determinado agente (en este caso la víctima del daño moral), en realidad lo que el sujeto interpretativo realiza es lo que en psicología se conoce como acto de “proyección”. Esto implica “extrapolar” los estados mentales del interprete al sujeto interpretado. Con ello, de manera inevitable, se filtra la posibilidad del error, debido al desconocimiento que se tiene del propio agente, de sus estados mentales, creencias y sufrimiento.

¿Son realmente los jueces quienes se hallan en condiciones de determinar de manera intuitiva, discrecional quienes padecen o no un supuesto de daño moral?

Las posturas cognoscitivas discrepan en este punto. Ya que es imposible eludir el “acto de proyección psicológica”. Esta es una verdad científica que se denomina “error fundamental de atribución” y consiste en que “cuando evaluamos el comportamiento de los demás tendemos a subestimar las influencias situacionales y a sobrestimar las disposiciones” (Cosacov 2018).

Si el “aparato interpretativo” del juzgador es permeable a errores involuntarios, propios de su construcción psíquica y experiencia vital irreplicable, entonces el aspecto factico del daño moral (la afectación del espíritu según los no cognoscitivas o la psiquis para los cognoscitivas) será determinado con un alto grado de aleatoriedad, lo que implica una falla esencial del aspecto predictivo que la seguridad jurídica requiere para sus sentencias y con ella el ajuste de conducta al que deberán atenerse sus destinatarios (los miembros de una comunidad).

<sup>17</sup> ATIENZA Manuel, (2014): *Curso de argumentación jurídica*. Madrid, España: Ed. Trotta, p 547.

Es el aspecto factico de la universalidad el que está en juego o se disputa en las distintas posturas. Pareciera que, ante el test de la universalidad, los argumentos, las posturas cognoscitivas ofrecen mayores “garantías” o un soporte teórico de donde extraer las premisas externas del razonamiento.

2. Coherencia (normativa y narrativa): Bajo este criterio de justificación las dos posiciones que venimos confrontado evidencian una robustez importante, tanto normativa como narrativa, ya que los marcos teóricos, normativos y de principios que cada una defienden, cubren satisfactoriamente el paso de las premisas a las conclusiones

Las razones para esta afirmación son claras: la posición no cognoscitiva descansa, como ya se ha desarrollado, no en una pretensión de verdad por correspondencia sino precisamente en una más de tipo pragmática o coherentista. Esa es su fortaleza, ser coherente dentro de un relato-creencia que afirma la existencia de entidades no materiales, las cuales pueden “sufrir” -al igual que las materiales- de un menoscabo. Por esa razón es que pueden ser resarcidas bajo el rubro de daño moral.

La postura cognoscitiva, en cambio, basa su marco de creencia y coherencia teórica, en la búsqueda de otro tipo de verdad, que es la que solo cree en entidades externas, materiales y verificables (empíricamente). A diferencia de la versión no cognoscitiva, esta posición no se conforma con la mera coherencia interna de sus premisas, sino que ellas dependen, a su vez, de una justificación externa que puede ser aportada desde las ciencias, las reglas de la experiencia, etc.

Quizás en este punto sea donde ambas presenten sus diferencias más profundas dentro de este tópico: la innecesaridad de una justificación externa para afirmar la premisa menor en la posición no cognoscitiva, lo que es perfectamente comprensible bajo el parámetro de verdad que la define y por el carácter ideal de su ontología; y a la inversa, el carácter necesario que requiere, exige, la posición cognoscitiva para extraer primero sus premisas fácticas y luego sí, una vez obtenidas estas, desandarlas internamente, coherentemente, junto a los principios y premisas normativas.

3. Adecuación de las consecuencias: Afirma Atienza (2013) que “mientras la coherencia mira hacia el pasado, el criterio de las consecuencias se enfoca hacia el futuro”. Esto implica un análisis probabilístico, predictivo, no necesario ni cierto, basado en aspectos finalistas o de corrección.

Así la posición cognoscitiva parece ser más sólida si se abordan las consecuencias desde una visión que contemple un análisis económico del derecho: los *ratios* de probabilidad estadística y de costos podrían ser ponderados con mayor eficiencia bajo esta mirada, puesto que presuponen mayor rigurosidad en la determinación causal de los hechos en general y los daños en particular.

La lógica de daños se vincula con la reparación y los costos de estos. Los recursos son escasos, esta es una máxima de la economía, por ello prever su asignación (o reasignación) no parece ser una cuestión menor. Este tipo de abordajes tiene un aspecto central y por ello el desarrollo tan extraordinario que han tenido tanto los sistemas de aseguramiento como las propias compañías de seguros. El objetivo se ha centrado, más que en la atribución de responsabilidad, en la previsión que se necesita para su reparación.

El modelo o posición no cognoscitiva favorece la mirada sensible, empática del juzgador, le da un margen de libertad que con la opción cognoscitiva se pierde. La

discrecionalidad judicial se presenta de este modo como las caras de una moneda, podríamos llamarla discrecionalidad positiva y negativa respectivamente.

Si bien es cierto que con las ciencias y el racionalismo se obtienen mayores grados de certeza y objetividad que con el modelo no cognoscitivo, no menos cierto es que el horizonte de conocimiento no deja nunca de ser provisorio y revisable. La historia de la epistemología está plagada de estos ejemplos, lo que nos invita a asumir que los márgenes de error en la posición cognoscitiva existen y no pueden ser ignorados. Podría denominarse falibilidad a este aspecto negativo de la posición cognoscitiva. Falibilidad y discrecionalidad negativa son las caras ocultas de las dos posiciones que hemos fijado en torno a la prueba del daño moral, desde el criterio que nos permite evaluar las consecuencias en su aspecto finalista.

**4. Moral social:** Respecto de este último criterio de análisis cabe formularse una primera pregunta que se vincula con la pertinencia al tema tratado ¿La prueba del daño moral se relaciona con aspectos de moralidad social?

La moralidad social (justificada o mayoritaria) nos dirá cuando algo (un hecho) está bien o está mal, si es aceptable o repugnante a los valores imperantes, etc. Pero ¿define la plataforma fáctica, la premisa menor del silogismo jurídico?

Las creencias de una sociedad no solo hablan de su sistema de valores, también asignan –como hemos visto– criterios de verdad sobre hechos y cosas. El plano de los valores es accesorio de aquellos, es su reflejo y de lo que se predica el valor.

Por ello hay una ontología de los valores que no se identifican con las propias cosas (reales o ideales). Si estos sistemas de creencias determinan las sustancias sobre las que los sistemas de valores actuaran (bajo la idea de una moralidad social), entonces puede extraerse un vínculo entre estos, aunque no por ello se confundan.

La cuestión a revisar es la de si un sistema de creencias general, mayoritario debe ser acatado para definir (asumimos que puede) si un determinado hecho como el daño moral ha acaecido efectivamente o no. Definir una realidad no es un tema menor y en esa complejidad temática se inserta el interrogante, pues si la mayoría cree en la existencia de un espíritu inmaterial, entonces la posición no cognoscitiva debería prevalecer; en cambio si la visión o creencia mayoritaria no alcanzara para definir esta realidad y se necesitara en cambio una justificación, que aunque minoritaria fuese la más sólida desde el punto de vista argumental, entonces la postura cognoscitiva tendría sus mayores chances de prevalecer.

Cuando se asigna a los jueces la función de interpretar estos aspectos valorativos-morales sin un anclaje que les permita revisar sus propias creencias y proyectarlas, la cuestión parece peligrosa de manejar. Ya hemos aludido a los “sesgos” interpretativos que pueden ocurrir como el “error fundamental de atribución” o los propios prejuicios basados en estereotipos. Estos son limitantes que deberían considerarse al momento de asignarles a los jueces la capacidad de afrontar decisiones de este tipo.

#### V.- Bibliografía

ATIENZA Manuel, (2014): Curso de argumentación jurídica. Madrid, España: Ed. Trotta.

TARUFFO Michelle, (2011), La prueba de los hechos. Madrid, España: Ed. Trotta.

PIZARRO Daniel y VALLESPINOS Carlos G., (2018), Tratado de responsabilidad civil, Buenos Aires, Argentina, Ed Rubinzal Culzoni.

GASCÓN ABELLÁN Marina, (2010), Los hechos en el derecho, Barcelona, España, Ed Marcial Pons.

HARRE Rom, (2002), Cognitive Science, A Philopical introduccion, SAGE, Londres, Inglaterra. (traduccion de prof Nicolas Venturelli)

GONZÁLEZ LAGIER Daniel, (2013), Quaestio facti (Ensayos sobre prueba, causalidad y acción), Barcelona, España, Ed Marcial Pons.

GARCÍA MORENTE Manuel, (2013), Lecciones preliminares de filosofía, Buenos Aires, Argentina, Ed Losada.

ZAVALA DE GONZÁLEZ Matilde, (1996), Resarcimiento de daños, Buenos Aires, Argentina, Ed Hammurabi tomo 2a.

BUSTAMANTE ALSINA Jorge, (1997), Teoría general de la responsabilidad civil, Buenos Aires, Argentina, Ed Abeledo Perrot.

CHURCHLAND Paul, (1992), Materia y Conciencia, Barcelona, España, Ed Gedisa.

BUNGE Mario, (2013), La ciencia, su método y la filosofía, Madrid, España, Ed Leer.

JUÁREZ FERRER Martin, (2017), Cuantificación del daño, Buenos Aires, Argentina, Ed La Ley.

COSACOV Eduardo, (2018), Introducción a la Psicología, Córdoba, Argentina, Ed Brujas.