



LA PRUEBA DEL LUCRO CESANTE FUTURO EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

*Alejandro CLUNES MUÑOZ**

de responsabilidad extracontractual, están centradas -principalmente- en la extensión de la reparación. Esta dificultad se ve agravada por la falta de distinción adecuada entre existencia y cuantificación, lo que redundará en que esta categoría de daños quede sin indemnizar. Ello justifica el tratamiento diferenciado del lucro cesante en esta sede, pues en la responsabilidad contractual, el contrato puede otorgar vía interpretativa un límite temporal del lucro cesante indemnizable. En este trabajo propongo la implementación de una norma jurisprudencial de presunción, como estrategia de distribución del riesgo probatorio en favor de la víctima, que no altera inicialmente la carga de la prueba y resguarda adecuadamente el derecho a defensa del demandado.

Palabras claves: lucro cesante, presunciones, daños corporales, responsabilidad extracontractual, certeza.

Abstract: The evidentiary difficulties presented by loss of profit in cases of preventative injury and death under the tort liability regime focus

primarily on the repair extension. This difficulty is aggravated by the lack of an adequate distinction between existence and quantification, which results in this category of damages remaining without compensation. This justifies the differentiated treatment of loss of profit in this headquarters, since in contractual liability, the contract may grant an interpretative way a temporal limit of the loss of profit that can be compensated. In this paper, I propose the implementation of a jurisprudential presumption rule, as a strategy for distributing the evidentiary risk in favor of the victim, which does not initially alter the burden of proof and adequately protects the defendant's right to defense.

Keywords: lost profit, presumptions, personal injuries, tort liability, certainly.

Sumario: I. Introducción. II. Problemas probatorios del lucro cesante. a) Concepto. b) Daño emergente. c) Pérdida de la Chance. d) Daños presentes y futuros. III. La certeza del lucro

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Austral de Chile; Magíster en Derecho Civil Patrimonial por la Universidad Diego Portales; Máster en Razonamiento Probatorio por las Universidades de Girona (España) y Génova (Italia). Relator Titular Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, Chile. Email: alejandroclunes@gmail.com

cesante. IV. Las presunciones. a) Presunciones hominis y presunciones legales. b) Inferencias probatorias empíricas. c) Presunciones. d) Regulación legal de las presunciones judiciales en Chile. V. Pronunciamientos de los tribunales superiores de justicia. a) La certeza del lucro cesante tanto en su existencia como extensión. b) La edad de jubilación no es suficiente. c) La expectativa de vida laboral de la víctima. VI. Norma jurisprudencial de presunción. a) Características. b) Criterios para su establecimiento. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.

I. Introducción.

Las dificultades probatorias asociadas a la existencia y cuantificación del lucro cesante se encuentran estrechamente relacionadas con la futuridad de esta categoría de daños, ya que –las más de las veces– se produce y concreta en el futuro. Sin embargo, estas complejidades no son exclusivas del lucro cesante, sino compartidas de forma general cada vez que se pretende probar un hecho futuro. Empero, lo que justifica un tratamiento específico de este daño patrimonial es que en el proceso judicial debe sortear un problema adicional, esto es, que ha sido entendido por la jurisprudencia en oposición al daño emergente, lo que impacta directamente en las posibilidades de éxito de la víctima de obtener una reparación, porque se confunde la certeza con la cuantificación.

En efecto, tratándose de esta clase de daños, solo es dable exigir la probabilidad de su ocurrencia, una certidumbre relativa, es decir, que de acuerdo al curso normal de los acontecimientos y en las probabilidades objetivas de ingresos o ganancias futuras, el demandante habría obtenido de no intervenir el hecho del demandado. En este punto, juegan un rol preponderante las inferencias probatorias empíricas que realizan los jueces, pues lo que ha de entenderse por curso normal de acontecimientos no es otra cosa que la

aplicación de las máximas de la experiencia del resolutor, advirtiéndose disparidad de criterios ante situaciones fácticas análogas, dejando sin reparación un daño debidamente probado. Así, lo que para algunos reviste caracteres de generalización empírica (que la víctima hubiese trabajado remuneradamente hasta la edad de jubilación de no haber mediado el hecho dañoso) resulta inaplicable en un caso particular (porque lo normal es que la gente no trabaje toda su vida en el mismo lugar ni por la misma remuneración).

En lo que sigue intentaremos demostrar que la construcción de una norma jurisprudencial de presunción permitiría unificar criterios y contribuir a la seguridad jurídica, sin alterar la carga de la prueba, sino el tema de prueba, al tiempo que se otorga una facilidad probatoria a la víctima del daño respecto de un hecho difícil de probar.

II. Problemas probatorios del lucro cesante.

La distinción de los daños patrimoniales en daño emergente y lucro cesante –*damnum emergens* y *lucrum cessans*– viene del Digesto donde se entendía por daño “lo que he perdido o dejado de lucrar”.¹⁵⁶ Este concepto y la referencia separada a ambos tipos de daños han permanecido inalterables en el tiempo, con una recepción más o menos uniforme en diversos ordenamientos jurídicos.¹⁵⁷ Sin embargo, el lucro cesante ha recibido un escaso desarrollo debido a que parece gozar de injustificada fama de perjuicio completamente incierto, prácticamente imposible

¹⁵⁶ BARROS (2006), p. 257. En Chile el lucro cesante tiene su asiento normativo en materia contractual en el artículo 1556 del Código Civil, mientras que en sede extracontractual encuentra sustento en los artículos 2314 y 2329 que imponen el principio de reparación de todos los daños, sin distinguir acerca de su naturaleza o configuración.

¹⁵⁷ VICENTE (2014), pp. 8-11.

de probar, por lo mismo, especulativo.¹⁵⁸ Lo anterior se ve agravado porque existe un amplio consenso sobre su significado, de lo que se derivaría la falta de interés en profundizar su estudio.

Antes de abordar los problemas probatorios que suscita el lucro cesante, resulta útil contrastar su concepto con otras manifestaciones del daño, a efectos de fijar adecuadamente sus contornos.

a) Concepto: El lucro cesante puede conceptualizarse como la frustración o privación de la utilidad, ganancia, provecho o beneficio económico legítimo que, de no haber mediado el delito o cuasidelito civil, hubiese, ordinaria y razonablemente, incrementado el patrimonio de una persona.¹⁵⁹

b) Daño emergente: El lucro cesante supone la pérdida de un beneficio que se habría producido de no mediar el hecho ilícito, mientras que el daño emergente consiste en el daño directo e inmediato. Esta clara distinción conceptual puede suponer confusiones en las manifestaciones prácticas de ambos tipos de daños. Veamos algunos ejemplos: la desvalorización de un vehículo producto de

un accidente de tránsito o la depreciación de un inmueble derivado de defectos constructivos, corresponde a daño emergente, puesto que es un daño efectivo, real e independiente de la venta del bien afectado. Por su parte, la disminución de las ventas de una empresa por la difusión de noticia equivocada o errónea constituye lucro cesante, ya que se proyecta en el futuro la ganancia dejada de obtener.¹⁶⁰ En consecuencia, lo determinante es la disminución patrimonial efectiva (empobrecimiento) en contraposición al aumento patrimonial omitido (privación de una ganancia).¹⁶¹

Lo importante en este punto para trazar la distinción, es que el lucro cesante no repara una disminución del valor del patrimonio, sino un no incremento del mismo.

c) Pérdida de la chance: El lucro cesante está relacionado con aquello que efectivamente se dejó de ganar, lo que supone una certeza (razonable probabilidad) de obtener esa ganancia de no haber intervenido en el curso normal de los acontecimientos. En la pérdida de la chance, la oportunidad ya se tenía y lo que está en juego es lo que se habría obtenido de haberse verificado, es decir, lo que se indemniza no es lo que se dejó de ganar sino que la oportunidad de estar mejor.¹⁶² Así, la certeza es menor que en el lucro

¹⁵⁸ ELLORRIAGA (2002), p.54.

¹⁵⁹ En la doctrina Chilena, DIEZ sostiene que “se encontrará acreditada la existencia del lucro cesante cuando aparezca establecido en la causa que el delito o cuasidelito civil originó al ofendido la pérdida de una ganancia que, salvo hipótesis excepcionales, era razonable esperar que hubiese ingresado a su patrimonio”. DIEZ (1998), p. 135; Para RODRÍGUEZ “el lucro cesante corresponde a la utilidad, provecho o beneficio económico que ordinaria y razonablemente una persona deja de obtener como consecuencia de un hecho ilícito”. RODRÍGUEZ (1999), p.265; CORRAL apunta que “El lucro cesante es la “frustración de una legítima utilidad que hubiera incrementado el patrimonio de no haber sucedido el hecho dañoso”. CORRAL (2013), p. 143; BARROS estima que habrá lucro cesante “si una persona deja de percibir ingresos o por el hecho de estar inmovilizada a consecuencia de un accidente, o si el hecho culpable ha impedido que la víctima se libere de una obligación”. BARROS (2006), ob.cit. (nº1), p.257.

¹⁶⁰ VICENTE (2014), Ob. Cit. (nº2), pp. 23-32.

¹⁶¹ BARROS (2006), Ob. Cit. (nº1), p. 258.

¹⁶² Si bien la aplicación de la distinción entre daño futuro reparable y daño eventual no reparable plantea un problema frente a la situación intermedia que constituye la pérdida de una oportunidad, que *a priori* tendría un carácter eventual, lo cierto es que los tribunales admitieron que la pérdida de una oportunidad real y sería constituía un perjuicio cierto, requiriendo reparación. CAPITANT, TERRÉ y LEQUETTE (2005), p.205. Los autores agregan que “el criterio al que la jurisprudencia parece más fácilmente referirse es de orden temporal, así para la pérdida de la oportunidad para aprobar un examen, es necesario que la ventaja proyectada haya sido en un corto plazo”. DIEZ-PICAZO y GULLÓN citando el problema de los daños eventuales en relación con la pérdida de una chance sostienen que la jurisprudencia

cesante, pues influye el factor aleas que impide prever el resultado. Y de ello se deriva que solo se repare en proporción a la probabilidad y no el beneficio esperado,¹⁶³ es decir, no se indemniza la probabilidad misma, sino que la mayor o menor proporción a ella.¹⁶⁴

d) Daño presente y daño futuro: la clasificación entre daños presentes y futuros atiende al momento en que se producen los daños en relación con la presentación de la demanda o la dictación de la sentencia.¹⁶⁵ Luego, tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden ser presentes o futuros, debiendo considerarse -en lo que aquí interesa- si el acontecimiento que ha impedido el incremento patrimonial se ha realizado en el intervalo que existe entre el hecho dañoso y el juicio (presente) o si durante la secuela del juicio la situación perjudicial no ha devenido en apreciable, es decir, que todavía no ha sucedido pero su causa generadora ya existe (futuro).¹⁶⁶

tiende en la actualidad a conceder indemnización según el grado de probabilidad que la chance poseía, en DIEZ-PICAZO y GULLÓN (2012), p.322. CORRAL, sostiene que en el caso de la pérdida de una chance, el daño resarcible no puede ser identificado con el valor total de la pérdida del beneficio que se podría haber logrado de haberse aprovechado la oportunidad, pues este es un daño hipotético, aunque la probabilidad de obtenerlo pueda calificarse de muy alta, lo que se indemniza es la frustración de postular a la obtención del beneficio, pues este es el daño cierto, en CORRAL (2013), pp. 136-143.

¹⁶³ RÍOS y SILVA (2017), pp. 250-254.

¹⁶⁴ Así se ha dicho que no se trata de resarcir la “seria probabilidad” de pérdida efectiva de ganancias materiales (certeza relativa), sino de la “oportunidad” de obtener esos beneficios. MOISSET DE ESPANÉS, Luis; TINTI, Guillermo y CALDERÓN, Maximiliano, *Daño emergente y lucro cesante*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

¹⁶⁵ Dependiendo de la tesis que se siga sobre el particular. Cfr. DIEZ (1997), p. 65; VICENTE (2014), Ob. Cit. (nº2), pp. 84-84; ELLORRIAGA, Ob.Cit. (nº3), pp. 58-59; RODRÍGUEZ (1999), p.264.

¹⁶⁶ DE CUPIS (1975), p. 320. Para el autor una lesión corporal genera un lucro cesante presente si corresponde a las ganancias que la víctima habría conseguido en el periodo

Por consiguiente, la línea que nos permite trazar la distinción entre lucro cesante presente y futuro es la proyección futura del daño, por un plazo determinado o no, después de la dictación de la sentencia. Un ejemplo puede servir para clarificar la distinción: el costo de un tratamiento médico futuro constituye daño emergente futuro, mientras que la pérdida del beneficio dejado de obtener a consecuencia del daño corresponde a lucro cesante futuro.

Ciertamente la contrastación conceptual esbozada presenta dificultades en la práctica, especialmente en aquellos casos en que las diferencias entre las distintas manifestaciones del daño no son tan nítidas. Sin embargo, la somera delimitación de la definición que se ha efectuado, resultará útil para abordar los problemas probatorios que presenta el lucro cesante en relación a su existencia y cuantificación.

Asentado lo anterior, no cabe duda que el lucro cesante, como todo daño, debe ser cierto, real, no hipotético o eventual,¹⁶⁷ sin embargo, no es en la lógica de la certidumbre que radica el problema, sino en la adopción de criterios que permitan determinar la certeza del daño y distinguirlos adecuadamente de aquellos que cabe aplicar para definir su magnitud. Esta dificultad se acentúa tratándose de perjuicios que, de algún modo, están afectos a cierta probabilidad o eventualidad,¹⁶⁸ lo que normalmente sucede si el daño es futuro. En este punto conviene dejar asentado que las dificultades probatorias que supone la futuridad son igualmente aplicables al lucro cesante y al daño emergente, cuando

intermedio entre el hecho dañoso y el juicio. Y daño futuro, si con posterioridad al juicio la víctima no podrá disfrutar de aquellas ganancias que habría obtenido de no mediar la lesión.

¹⁶⁷ El daño eventual es aquel cuya realización no es cierta y, por ende, no puede dar lugar a reparación sino hasta que la eventualidad se transforme en certeza.

¹⁶⁸ DOMÍNGUEZ ÁGUILA (1990), pp.148-149.

presentan esta característica (daños futuros), haciendo más compleja la distinción práctica entre ambas categorías de daños.

Ahora bien, en las controversias jurídico probatorias (y en general cuando se trata de conocimiento empírico) no es posible expresar conclusiones con absoluta seguridad¹⁶⁹ y lo que cabe es formular racionalmente juicios de probabilidad, por lo que en el presente caso es mejor tomar como parámetro el grado de certeza que se exige al daño emergente y establecer que en el caso del lucro cesante esta certeza es menor. En consecuencia, no existe problema con que el daño sea futuro, pues lo importante es que haya certeza probatoria (aunque atenuada) de que llegará a existir en un tiempo próximo.¹⁷⁰

En lo que sigue centraremos el análisis únicamente en el lucro cesante futuro, dado que los problemas probatorios se presentan de forma más nítida y las confusiones entre certeza y magnitud del daño son más patentes.

III. La certeza del lucro cesante.

Los hechos son eventos o acciones del mundo real y aquello que es objeto de prueba no son los hechos, sino que los enunciados acerca de determinados hechos.¹⁷¹ Luego, cuando hablamos de certeza del lucro cesante estamos

¹⁶⁹ Las conclusiones basadas en pruebas son necesariamente de naturaleza probabilística porque nuestra prueba está siempre incompleta; es comúnmente no concluyente; es a menudo ambigua: los conjuntos de pruebas son comúnmente discrepantes; y las fuentes tiene diversos grados de credibilidad imperfectos. ANDERSON, SCHUM y TWINING (2015), pp. 303-304.

¹⁷⁰ CORRAL agrega que bajo estas condiciones se admite la responsabilidad sobre un daño contingente, que aún no ha ocurrido pero que puede producirse de no adoptarse medidas preventivas. En tal caso, la certidumbre deberá recaer sobre la inminencia o amenaza de producirse el daño, en CORRAL (2013), p. 136.

¹⁷¹ NÚÑEZ (2018), p. 62.

haciendo referencia a la comprobación de una determinada aserción sobre los hechos de la causa, que constituye el resultado de la valoración por el juez de los medios de prueba aportados al proceso. Dado que los enunciados declarativos de los hechos son enunciados relacionales a un determinado conjunto de elementos de juicio admitidos y practicados en el proceso judicial,¹⁷² cuando se afirma que está probada la certeza del lucro cesante significa que el conjunto de elementos de juicio aporta apoyo suficiente a dicho aserto.¹⁷³

Cuestión distinta es si existe una correspondencia entre los hechos -que como dijimos tienen una existencia independiente- y los enunciados con que pretendemos describirlos. En este punto las dificultades del lucro cesante radican en que se trata de enunciados referidos a hechos que no son directamente perceptibles o accesibles a la experiencia sensorial (hechos futuros), por lo que nos situamos en el terreno de la probabilidad, en que se pueden justificar racionalmente nuestras conclusiones sobre el conocimiento de los hechos, pero no demostrar la verdad de la proposición, es decir, podemos evaluar racionalmente el grado de probabilidad que la conclusión tiene de ser verdadera, más no podemos afirmar que dichas razones sean concluyentes.¹⁷⁴ Si tuviéramos que trazar una diferencia simple (y quizás reductiva) entre ambos aspectos anotados, diríamos que lo primero corresponde a “estar probado” y lo segundo a “ser verdadero”. En lo que sigue, centraremos nuestra atención únicamente en la forma en que cabe afirmar que la certeza del lucro

¹⁷² FERRER (2002), pp. 35-38.

¹⁷³ Ese enunciado será verdadero cuando exista correspondencia entre lo que éste afirma y aquello a lo que se refiere (verdad como correspondencia), pues la alegación de un hecho, desde el punto de vista epistémico, consiste en la afirmación de un enunciado hipotético que puede ser, en sí mismo, verdadero o falso, pero en el momento de ser expresado y mientras no se formule la decisión final, no es ni verdadero ni falso. TARUFFO (2010), pp. 144-145.

¹⁷⁴ ACCATINO (2018), pp. 1-14

cesante “está probado”.

El resarcimiento del lucro cesante como partida indemnizatoria está supeditado a que revista las características de un daño cierto. Sin embargo, esta certeza no debe ser la misma que se exige del daño emergente actual o presente,¹⁷⁵ ya que tal predicamento se aleja del principio de reparación integral del daño, dejándose de indemnizar un daño cierto y determinable objetivamente por dudas acerca de su monto. Luego, se trata de una certidumbre relativa, fundada siempre en el curso normal de los acontecimientos y en las probabilidades objetivas de ingresos o ganancias futuras.¹⁷⁶ Así, que el perjuicio sea cierto, importa que el juez tenga la certeza probatoria de que el demandante habría obtenido un beneficio económico si el demandado no hubiera realizado el acto que se le reprocha, sin importar que el perjuicio del que se queje la víctima se haya realizado ya o que deba tan sólo producirse en el futuro.¹⁷⁷

¹⁷⁵ Los daños futuros presentan dificultades derivadas de la necesidad de efectuar conjeturas acerca de su existencia y cuantificación. DIEZ (1997), p. 65., lo que resulta aplicable tanto al lucro cesante futuro como al daño emergente futuro.

¹⁷⁶ ELLORRIAGA, Ob. Cit. (nº3), pp.53-54.

¹⁷⁷ MAZEAUD, y TUNC (1963), p.301. Este criterio se encuentra asentado jurisprudencialmente desde 1932 cuando la Corte de Casación Francesa sostuvo que “*si no es posible conceder daños y perjuicios en reparación de un perjuicio puramente eventual, es distinto cuando el perjuicio aunque futuro aparece a los jueces del hecho como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual y como susceptible de una estimación inmediata*”. (Crim. 1º de junio de 1932, DP 1932. 1. 102, inf. Pilon, S. 1933. 1. 49, nota H Mazeaud). Un perjuicio futuro puede, también, considerarse como cierto, sobre todo si su evaluación judicial es factible, así por ejemplo, un perjuicio destinado a prolongarse en el tiempo que da lugar a la condena del responsable para el pago de una renta vitalicia, es evidente que con ello se busca asegurar la reparación de un perjuicio cierto, pero futuro. CAPITANT, TERRÉ y LEQUETTE, Ob.Cit. (nº7) p.204. Una lesión corporal en que se diagnostica que en un tiempo por venir nacerán secuelas que exigirá de la víctima un desembolso constante para su tratamiento médico, constituye un daño futuro cierto, pues

El problema es que tradicionalmente se asocia al lucro cesante con un perjuicio eventual, hipotético y por lo tanto carente de reparación, lo que deriva del carácter –por regla general– futuro del daño cuya reparación se reclama. Y ello es particularmente relevante tratándose del daño corporal,¹⁷⁸ que es la categoría de perjuicios que genera los casos más importantes de la responsabilidad civil, tanto por la relevancia del bien jurídico involucrado como por el aumento de las fuentes de riesgo en la sociedad contemporánea.¹⁷⁹ Aun cuando del daño corporal se siguen consecuencias patrimoniales y no patrimoniales,¹⁸⁰ para efectos del análisis únicamente nos centraremos en las primeras, específicamente, en el lucro cesante futuro asociado a las lesiones corporales con secuelas permanentes y la muerte.

se sabe que son gastos que, con seguridad, deberá acometer en el futuro. Cfr. YZQUIERDO (2001), p.148; DIEZ-PICAZO y GULLÓN (2012), p.323.

¹⁷⁸ Es el que afecta la integridad física del ser humano. El carácter futuro del lucro cesante se manifiesta con fuerza en los casos en que el daño sufrido por la víctima como resultado de un accidente corporal lleva consigo una disminución de su capacidad de trabajo, pues todo el tiempo que viva lesionado sufrirá las consecuencias de ese accidente. Luego, lo que interesa es que el tribunal pueda ordenar, en un solo acto, la reparación no solo del perjuicio sufrido al día de la sentencia, sino el que se producirá en el futuro. Así, la acción de responsabilidad no se origina sino en el momento en que se sufre el daño o en el momento en que se ha convertido en cierto el perjuicio futuro, surgiendo desde entonces el derecho a reparación en la persona de la víctima, es decir, a partir del instante en que el daño, aun sin ser actual, sea, sin embargo, cierto, en MAZEAUD, y TUNC, Ob.Cit. (nº16) pp.205-303.

¹⁷⁹ ORMAZABAL habla de la “sociedad del riesgo” para referirse al aumento del riesgo a ciertos bienes –vida y salud– provocado por el propio hombre y no por fuerzas o elementos naturales que escapan a su control. ORMAZABAL (2004), p. 10.

¹⁸⁰ Los gastos necesarios para el tratamiento y cuidado de la víctima, que típicamente constituyen daño emergente, y las sumas que la víctima deja de ganar por la supresión o la disminución de su capacidad para generar ingresos, que constituye lucro cesante. BARROS, Ob.Cit.(nº1), pp. 234-235.

En cuanto a los criterios para determinar la certeza de un daño, la doctrina y la práctica jurisprudencial tienden a tratar al lucro cesante bajo la siguiente fórmula alternativa: si hay una certeza equiparable a la que se exige al daño emergente, es reparable por completo; si no la hay, el daño se tiene por eventual y no da lugar a reparación.¹⁸¹ Lo anterior, constituye un error ya que no cabe exigir la misma certeza que se predica al daño emergente presente para la reparación del lucro cesante, pues esta partida indemnizatoria está afectada a cierta probabilidad o eventualidad¹⁸²

¹⁸¹ BARROS, Ob.Cit. (n°1) p.264.

¹⁸² En este sentido ABELIUK sostiene que *“el lucro cesante resulta difícil de probar, porque no olvidemos que el daño debe ser cierto, y en el lucro cesante siempre se alega un hecho que pudo haber pasado o no, una hipótesis de ganancia, queda entregado enteramente al criterio del juez apreciarlo considerando siempre lo que normalmente habría ocurrido”*. ABELIUK (1993), p.733; A su turno BARROS apunta que *“el lucro cesante tiene siempre un elemento contingente, porque se basa en la hipótesis, indemostrable por definición de que la víctima habría obtenido ciertos ingresos si no hubiese ocurrido el hecho que genera la responsabilidad del demandado”*. BARROS, Ob.Cit. (n°1), p. 263; CORRAL sostiene que *“el lucro cesante es un daño que presenta dificultades de precisión, aun cuando se trata de perjuicios patrimoniales, ya que se trata de daños derivados de una previsión hipotética”*. CORRAL, Ob. Cit. (n° 14), p.143; Por su parte DOMÍNGUEZ ÁGUILA sostiene que *“la diferencia entre un perjuicio futuro cierto y la mera pérdida de una chance no es una cuestión nítida y la mayor parte de las veces es más una cuestión de grado que de naturaleza, pues todo lo futuro tiene una dosis de incertidumbre, luego, en los daños futuros existe una verdadera escala entre lo actual, lo virtual y lo eventual desde que entre lo probable y lo hipotético hay grados de certeza”*, DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2011), p. 645. MORALES MORENO afirma –aunque referido a responsabilidad contractual- que la complejidad probatoria del lucro cesante proviene de que este tipo de daños es, a menudo, un daño que se produce y concreta en el futuro, por lo que siempre tiene ciertas dosis de incertidumbre o aleatoriedad. MORALES MORENO (2010), p. 25.

La dificultad de evaluación del lucro cesante es obvia, como siempre que se desea acometer la recomposición de un futuro, y que no es otra cosa que averiguar cuál habría sido el aumento patrimonial que habría tenido lugar si no se hubiese producido el hecho dañoso. En este punto YZQUIERDO

y, por ende, solo es dable exigir una certidumbre relativa, su posible ocurrencia. Así, el lucro cesante consiste en los objetivos ingresos o ganancias futuras que, de acuerdo al curso normal de los acontecimientos, el demandante habría obtenido de no intervenir el hecho del demandado.¹⁸³

Establecido que no resulta adecuado exigir al lucro cesante la certeza que se predica del daño emergente actual, es conveniente reemplazarla por lo que se ha denominado “juicio de probabilidad”, que consiste en considerar las consecuencias del hecho dañoso según el curso normal de los acontecimientos, que permite proyectar la situación presente a sus razonables consecuencias.¹⁸⁴ Si bien la denominación “juicio de probabilidad” se utiliza para dar cuenta del juicio probabilístico propio de las inferencias, lo cierto es que conduce a equívocos dada la multiplicidad de conceptos de probabilidad en la metodología de la valoración

señala que *“Al Tribunal Supremo la idea de lucro cesante parece sonarle casi siempre a conjetura, duda, contingencia y eventualidad.”* YZQUIERDO (2001), p.150; Por su parte, DIEZ-PICAZO y GULLÓN sostienen que en la jurisprudencia constante no basta con alegar la realización de un acto u omisión culpable, sino que se exige la prueba cumplida de la realidad del perjuicio a cargo del perjudicado, así como la extensión y alcance de daño, pero en materia de daños causados por la muerte de una persona, la jurisprudencia muestra gran laxitud en su apreciación, pues no exige la prueba cumplida de los perjuicios materiales ocasionados a los más próximos parientes. DIEZ-PICAZO y GULLÓN (2012), p.325. Esta conclusión debe matizarse tratándose de daños causados a las personas en accidentes de circulación, pues la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, contiene un sistema de valoración de los mismos basado en baremos o tablas indemnizatorias.

¹⁸³ DOMÍNGUEZ, Ob. Cit. (n° 12), p.149. En el mismo sentido: ELLORRIAGA, Ob.Cit. (n°3), p.62; BARROS, Ob.Cit. (n°1), p.264.

¹⁸⁴ PIZARRO y DE LA MAZA (2012), p.114; En el mismo sentido, SANTOS (2015), p.17; VICENTE propone como enfoque y punto de partida el análisis del hecho inicial y de la verosimilitud del mismo. VICENTE (2014), Ob. Cit. (n°2), p. 16; DIEZ-PICAZO habla de *“juicio de probabilidad o verosimilitud atendiendo un curso normal de las cosas”*. DIEZ-PICAZO (2011), p. 345.

de la prueba.¹⁸⁵ Así las cosas, cabría entender que el “juicio de probabilidad” aludido está referido a que las pruebas adquiridas en el proceso proporcionan razones suficientes para considerar confirmada la hipótesis de que ese enunciado es verdadero¹⁸⁶ y no a los cálculos de probabilidad aplicados al razonamiento probatorio, es decir, alude al ámbito del razonamiento probabilístico en que toda hipótesis sobre los hechos tiene un cierto grado de corroboración, mayor o menor.¹⁸⁷

Con todo, estimamos que resulta más adecuado hablar de certeza relativa, pues lo que se quiere significar es que tratándose del lucro cesante no puede exigirse el mismo estándar de prueba que respecto del daño emergente presente (o actual). En efecto, cuando se sostiene que “hay elementos de juicio suficientes a favor de *p*” corresponde al juez determinar que hay elementos suficientes para aceptar *p* como verdadera.¹⁸⁸ Ahora bien, para determinar cuándo o bajo qué condiciones (elementos de juicio disponibles) son suficientes para que resulte racional aceptar una proposición como verdadera en el razonamiento decisorio, es objeto de una teoría sobre el particular: estándar de prueba.¹⁸⁹ Luego, la función de señalar a partir de qué umbral podemos considerar que el grado de credibilidad de una hipótesis es suficiente como para basar en ella la decisión, constituye

una cuestión de estándar,¹⁹⁰ que por razones de representación democrática y política institucional debe fijar el legislador y no la jurisprudencia.¹⁹¹

Asentado lo anterior, estamos en condiciones de afirmar que la certeza relativa, basada en el curso normal de los acontecimientos, permite excluir los meros sueños de ganancia, las utilidades posibles pero no probables o las ganancias que impliquen sucesos extraordinarios,¹⁹² ya sea por vía de considerar una relación de causalidad entre el hecho y la razonable ocurrencia de sus consecuencias¹⁹³ o exigiendo la previsibilidad del daño para afirmar la causalidad.¹⁹⁴ Así, la certeza relativa importa una ponderación de aquello que se encuentra dentro del curso normal de las cosas, es decir, hace referencia a lo que de manera general es lo más probable y, por ende, racional.

No obstante lo expuesto, en la jurisprudencia se mantiene arraigada la idea de que el lucro cesante es difícil de establecer por su carácter esencialmente eventual o hipotético, exigiendo

¹⁸⁵ FERRER (2007), pp. 93-96; TARUFFO (2002), pp. 167-240; TARUFFO (2010), pp. 106-108; ANDERSON, SCHUM y TWINING, Ob. Cit. (n° 13), pp. 303-320.

¹⁸⁶ A su vez, es necesario distinguir la probabilidad, que aporta informaciones sobre la verdad o falsedad de un enunciado, de la verosimilitud, que se refiere solo a la eventual normalidad de lo que el enunciado describe. Así, un enunciado que parece *prima facie* verosímil puede ser en realidad improbable, porque no ha sido confirmado por las pruebas. TARUFFO (2010), pp. 107.

¹⁸⁷ FERRER (2016), pp. 65-91.

¹⁸⁸ Recordemos que la verdad del enunciado probatorio no depende de lo que resuelva el juez, sino de su correspondencia con la realidad (el mundo).

¹⁸⁹ *Ídem*, pp. 77-78.

¹⁹⁰ En este punto cabe tener presente que pueden existir estándares de prueba diferenciados basados, por ejemplo, en las dificultades probatorias. FERRER (2018), p. 31. En el mismo sentido: FERRER, Ob. Cit. (n° 32), pp. 79-88.

¹⁹¹ El nivel de exigencia del estándar de prueba no está implícito en la naturaleza del concepto, sino que refleja una decisión colectiva por parte de la sociedad para ubicar el umbral referido en un punto y no en otro. LAUDAN, Larry, *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 105.

¹⁹² ELLORRIAGA (2005), p.236. El juicio de probabilidad resulta útil para determinar el valor de la reparación, pues no se trata de conceder a la víctima la ventaja de que el acaecimiento del accidente irremediablemente lo privó de la posibilidad de anhelar, pues ello sí es eventual. Por su parte SANTOS afirma que permite, por un lado, desechar casos hipotéticos que afirmen ganancias basadas en posibilidades y, por otro, evitar privar de una ganancia legítima a la víctima mediante la incorporación de impedimentos irreales, de procedencia excepcional o limitadas al ámbito hipotético. SANTOS (2015), pp. 17-18.

¹⁹³ RODRÍGUEZ (1999), pp. 291-293.

¹⁹⁴ CORRAL, Ob. Cit. (n° 14), p.137.

un estándar de prueba bastante drástico en cuanto a su existencia y monto,¹⁹⁵ que redunde en que un perjuicio cierto y cuantificable de acuerdo a bases objetivas quede sin ser indemnizado, y en el mejor de los casos sea suplido con un incremento del monto de la partida indemnizatoria por daño moral, con las agravantes de incertidumbre que ello conlleva.¹⁹⁶ Esta forma alternativa de plantear la cuestión también genera incertidumbre, pues el juez no debe establecer partidas indemnizatorias carentes de fundamento, sino solo reparar el daño efectivamente causado dejando a la víctima en la misma posición que se encontraría si el hecho dañoso no hubiese ocurrido.¹⁹⁷ Luego, la cuantía de los daños no debe ser superior ni inferior al

perjuicio que sufra la víctima y del que responda el autor del hecho dañoso.¹⁹⁸

Finalmente cabe dejar asentado dos cuestiones en las que no ahondaremos por exceder el objetivo de este trabajo, pero que resultan útiles para el análisis que se desarrollará. Primero, que aún en ausencia de prueba respecto al quantum, el juez sigue obligado a determinar la cantidad de daño resarcible, pues acreditada la existencia del daño corresponde a los jueces el establecimiento de su monto, haya o no prueba al respecto.¹⁹⁹ Y segundo, que lo indemnizable es el lucro frustrado en cuanto renta líquida o ganancias netas, pues si no se descontasen los gastos necesarios para producir las ganancias o si se considerasen los ingresos brutos, operaría a favor de la víctima un enriquecimiento sin causa.²⁰⁰

A continuación, abordaremos los razonamientos probatorios de los órganos jurisdiccionales cuando utilizan el criterio de normalidad como enlace para inferir el lucro cesante. En términos simples el criterio de

¹⁹⁵ DIEZ sostiene que la jurisprudencia actúa con especial celo tratándose del lucro cesante, citando como ejemplo una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en que no obstante haberse probado que el occiso desempeñaba una actividad y sus emolumentos, se rechazó la indemnización de lucro cesante por estimarse que ello no basta para acreditarlo, en DIEZ (1998), p.135; ELLORRIAGA señala que no obstante la inclinación jurisprudencial a rechazar el capítulo indemnizatorio por lucro cesante existe un nutrido número de sentencias que adoptan un criterio más flexible a la hora de conceder y ponderar esta partida indemnizatoria. ELLORRIAGA, Ob.Cit. (n°29), pp.244-246.

¹⁹⁶ ELLORRIAGA, Ob.Cit. (n°3), p. 62. Referido a otra sede pero no por ello menos atinente, véase sobre cómo se utiliza el daño moral para complementar el lucro cesante, BARRIENTOS (2007), *Negación de Daños Morales a una Persona Jurídica en Materia Contractual*, pp. 135-138; CORRAL afirma que "... pareciera que los tribunales cuando estiman que un daño por ser futuro y eventual no debe ser indemnizado, lo rechazan por la vía de considerarlo no probado. Por el contrario, cuando se piensa que el daño debe ser indemnizado, las normas probatorias se interpretan flexiblemente. CORRAL, Ob.Cit. (n°14) p.142.

¹⁹⁷ En este sentido la Corte de Casación Francesa afirma que "El autor de un delito o cuasidelito está en la obligación de reparar en su totalidad el daño causado por su culpa. Por lo tanto, la indemnización necesaria para compensar el perjuicio debe calcularse sobre el valor del daño en el día de la sentencia o del fallo que consagra el crédito indemnizatorio de la víctima". Civ. 15 de julio de 1943, (DA 1943. 81, JCP 1943. II. 2500, 1° esp., nota Hubrecht) Viuda Busquet C. Consortes Rozierès, en CAPITANT, TERRÉ y LEQUETTE, Ob. Cit. (n°7), p.214.

¹⁹⁸ La avaluación de la ganancia frustrada y la pérdida sufrida no está exenta de dificultades pues los jueces so pretexto de evaluar un perjuicio tienen la tendencia de inflarlo o restringirlo según la gravedad de la culpa. Sin embargo, la sentencia civil tiene por objeto reparar y no imponer una pena. Ciertamente, el juez no debe tomar en consideración la fortuna ni la precariedad de la víctima, pero si debe considerar la situación familiar de la misma desde el instante que influya en la importancia del daño, lo que sucede necesariamente en el caso de atentado contra una persona, pues en el terreno material corresponde a una ganancia perdida, la que para ser apreciada en su magnitud, habrá de considerarse la situación pecuniaria de la víctima en el momento del accidente, averiguar los recursos que obtenía con su trabajo, determinar las personas que se aprovechaban de él. Tratándose de incapacidad parcial para el trabajo, el juez debe establecer la correlación necesaria entre la disminución de las facultades de trabajo y la reducción normal del salario. MAZEAUD, y TUNC, Ob.Cit, (n°16), pp.549-592.

¹⁹⁹ PIZARRO y DE LA MAZA, Ob.Cit. (n°23), p.121; En el mismo sentido DIEZ (1998), pp.135-137.

²⁰⁰ ELLORRIAGA, Ob.Cit. (n°29) p.236.

normalidad puede expresarse de la siguiente forma: quien afirma un hecho que es contrario o simplemente distinto al estado normal de las cosas debe probarlo.²⁰¹

IV. Las presunciones.

En la acreditación del lucro cesante futuro juegan un rol preponderante las inferencias probatorias, en las que a partir de un hecho base se infiere un hecho desconocido o controvertido, existiendo una conexión que vincula el hecho base con el acaecimiento que se intenta conocer. En este punto, resulta particularmente interesante la utilización como enlace de lo que podríamos denominar “principio de normalidad” o “criterio de normalidad”, pues lo que ha de entenderse por curso normal de acontecimientos no es otra cosa que la aplicación de las máximas de la experiencia del juez, con la disparidad de soluciones que ello supone. Así, la prueba del lucro cesante se resuelve mediante la inferencia probatoria empírica que realiza el juez (inducción ampliativa) caso a caso.

En lo que sigue abordaremos la distinción entre inferencias probatorias y presunciones, para luego postular que la creación de una norma

²⁰¹ PEÑAILILLO (1989), pp. 51-64. En opinión de la Excma. Corte Suprema el criterio de normalidad consiste en que “... el peso de la prueba se distribuye conforme a la normalidad o anormalidad de la situación de que se trate. Es decir, debe probar quien alega la concurrencia de un escenario que escapa al estándar corriente de ocurrencia de los hechos, por consiguiente, corresponde determinar... al litigante que argumenta la circunstancia excepcional.” (Rol N° 3554-2012, de 4 de enero de 2013). Expuesto así, el criterio de normalidad no es otra cosa que la distribución de la carga de la prueba, que en Chile tiene asiento normativo en el artículo 1698 del Código Civil. En el lucro cesante por daños corporales DIEZ sostiene que “...si la víctima de un hecho ilícito doloso o culposo acredita que percibía ingresos y que, salvo excepcionales circunstancias, era racional que los siguiera percibiendo, la existencia del lucro cesante se encontrará probada y los jueces deberán regular su monto, desde que no puede exigirse a su respecto una prueba de certeza absoluta”. DIEZ (1998), p.182.

jurisprudencial en esta materia podría contribuir a la seguridad jurídica a través de la unificación de criterios.

a) Presunciones *hominis* y presunciones legales: Clásicamente se postula la distinción entre presunciones *hominis* y presunciones legales, estas últimas a su vez se clasifican en presunciones *iuris tantum* y presunciones *iuris et de iure*. Las presunciones *hominis* son un conjunto de razonamientos o argumentaciones mediante las cuales, a partir de hechos conocidos, se concluye afirmando otros desconocidos.²⁰² Así, el fundamento de la conclusión presumida es la existencia de máximas de la experiencia que permiten conectar el hecho conocido con el hecho desconocido,²⁰³ mientras que en las presunciones legales es una norma jurídica la que cumple dicho rol.

Como las presunciones *hominis* hacen referencia a los razonamientos probatorios en que se infiere a partir de un hecho probado (indicio) y de una regla de experiencia, la existencia de un hecho desconocido,²⁰⁴ parece más correcto hablar de inferencias probatorias empíricas.²⁰⁵ A su turno, como en las presunciones legales la norma que obliga a dar por aceptado un hecho puede referirse a cualquier fuente del derecho, entonces es mejor identificarlas como inferencias

²⁰² GASCÓN (2010), p. 136.

²⁰³ Máximas de la experiencia que reflejan regularidades empíricamente observadas. *Ídem*, p. 137. Las máximas de la experiencia se han entendido como “definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se han de juzgar en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”. PALOMO citando a STEIN. Cfr. BORDALI, CORTEZ y PALOMO (2013), p.336.

²⁰⁴ GASCÓN (2010), Ob.Cit. (n° 39), p. 136.

²⁰⁵ Seguimos en este punto a GONZÁLEZ LAGIER (2013), pp.26-56.

probatorias normativas.²⁰⁶ Sin embargo, para efectos de claridad en el análisis reservaremos la noción de “presunción” para hacer referencias a las presunciones legales y la denominación “inferencia” para todos los razonamientos que proporcionan elementos de prueba y producen consecuencias en el plano de la determinación de los hechos, es decir, inferencias probatorias.

En efecto, las presunciones legales (con independencia de si la norma de presunción es de fuente legal o jurisprudencial) no constituyen 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. Expuesto así, las presunciones legales no son un instrumento cognoscitivo para la determinación de los hechos, precisamente, por su carácter de normas jurídicas que obligan a reconocer como existente un hecho o un estado de cosas cuando se acredita previamente otro hecho o estado de cosas, o bien simplemente en ausencia de prueba en contrario.²⁰⁷

b) Inferencias probatorias empíricas: Tal como sostiene GONZÁLEZ LAGIER el razonamiento judicial en materia de hechos parte de una pretensión o hipótesis, aquello que se quiere fundamentar (los hechos a probar). Si esta pretensión es puesta en duda, debe ser apoyada por medio de razones, hechos que den cuenta de la corrección de la pretensión (hechos probatorios). Cuando se debe explicitar por qué las razones apoyan la pretensión, debe hacerse por medio de un enunciado que exprese una

²⁰⁶ AGUILÓ prefiere hablar de “normas de presunción” ya que la expresión “presunciones legales” es equívoca pues confunde la norma cuyo contenido es una presunción con la fuente u origen de esa misma norma, cuando es perfectamente posible que las normas de presunción no tengan su origen en la ley. Así la norma de presunción puede ser creada por la jurisprudencia. AGUILÓ (2017), pp. 100-101.

²⁰⁷ GAMA (2013), p. 75.

regularidad que correlacione el tipo de hechos que constituye la razón con la pretensión, esto es, la garantía, que estaría constituida por las máximas de experiencia, las presunciones y otro tipo de enunciados generales.²⁰⁸ A su vez, la garantía puede ser apoyada con un respaldo, que trata de mostrar la corrección o vigencia de esa regularidad, es decir, la información necesaria para fundamentar la garantía.²⁰⁹

Así, una inferencia probatoria empírica es aquella en que la garantía (enlace) está constituido por las máximas de la experiencia²¹⁰ (“Si X, entonces probable Y”), mientras que en la inferencia probatoria normativa el enlace consiste en una presunción, establecida legal o jurisprudencialmente (“Si X, entonces probado Y”). Tal como puede apreciarse la diferencia entre presunciones y máximas de experiencia es que las presunciones son enunciados revestidos de autoridad.²¹¹

El problema que presenta la inferencia probatoria empírica es que las máximas de la experiencia son incontrolables²¹² y por eso

²⁰⁸ La garantía de un argumento consiste en una regla (en el sentido de enunciado que expresa una regularidad) que correlaciona las razones (los hechos probatorios) con la pretensión (la hipótesis). GONZÁLEZ LAGIER, Ob.Cit. (n° 43), p. 43.

²⁰⁹ *Ídem*, p. 27.

²¹⁰ Las máximas de la experiencia pueden ser de carácter científico o especializado, como las que aportan los peritos; de carácter jurídico, como las derivadas del ejercicio profesional del juez; o de carácter privado (experiencias corrientes), esto es, derivadas de las experiencias del juez al margen del ejercicio de su profesión. *Ídem*, pp. 30-31.

²¹¹ La presunción es una máxima de la experiencia institucionalizada y autoritativa. *Ídem*, p. 31-44. También debe considerarse que las presunciones pueden ser contraepistémicas.

²¹² TARUFFO afirma que “...en realidad, nadie sabe la experiencia de quién, por cuánto tiempo, de qué, de cuántos casos, recogida por quién, según qué parámetro es necesaria para poder afirmar que ha surgido una máxima. De hecho muchas máximas no están basadas en experiencias reales

deben estar bien fundamentadas en un juicio de regularidad, normalidad o alta verdad.²¹³ Ello supone que el juez explicita el respaldo dando cuenta, por ejemplo, de los casos que ha conocido sobre el mismo tema y cuál ha sido su resultado, para poder extraer la regla que correlaciona unos con otros.²¹⁴ Y ello no puede ser de otra forma, pues el enlace entre el hecho conocido (o indicio) y el hecho desconocido no puede realizarse a través de máximas de la experiencia arbitrarias, que carezcan de fundamento empírico, o erróneas al atribuir a los hechos un valor indiciario que no les corresponde.²¹⁵ Dado que las máximas de experiencia son a su vez la conclusión de una inducción ampliativa, son probables en sentido inferencial, por lo que su grado de credibilidad racional dependerá de que la inducción por medio de la cual han sido establecidas esté bien hecha, es decir, cuando sea sólida.²¹⁶ Finalmente, debe considerarse que cuanto menor sea el grado de probabilidad causal expresado por la máxima de experiencia, menor será la probabilidad inferencial con la que se sigue la hipótesis final.²¹⁷

sino en prejuicios, libretos y estereotipos...". TARUFFO (2007), p.258.

²¹³ AGUILÓ, Ob. Cit. (n°44), p. 103.

²¹⁴ En los argumentos inductivos extraemos una premisa de carácter general a partir del examen de una serie limitada de supuestos particulares, de manera que la conclusión siempre va más allá de las premisas. GONZÁLEZ LAGIER, Ob.Cit. (n° 43), p. 33.

²¹⁵ GASCÓN, Ob. Cit. (n°40), p. 137. AGUILÓ sostiene que afirmar que un hecho "es presumible" (presunciones hominis) está reservado para los casos en que se considera que los indicios son suficientes para estimar un hecho probado, mientras que afirmar "es probable" (inferencias probatorias) solo es una razón para creer en la ocurrencia de otros hechos. AGUILÓ, Ob. Cit. (n°44), p. 106.

²¹⁶ El examen del fundamento cognoscitivo de estas máximas y regularidades, debe permitir excluir las generalizaciones apresuradas y los prejuicios. Luego, si la regla se ha construido para explicar el caso concreto sobre el cual debe decidir el juez, es claro que no se basa en una inducción ampliativa bien fundada. GONZÁLEZ LAGIER, Ob.Cit. (n° 43), pp. 43-44.

²¹⁷ *Ídem*, p. 44.

c) Presunciones: las presunciones buscan reducir la discrecionalidad del juez a la hora de valorar la prueba, esto es, si se establece cierto hecho base entonces surge la obligación de tener por probado otro hecho. En otras palabras, constituyen puntos de partida y de llegada en un proceso decisorio.²¹⁸ Luego, el fundamento de las presunciones derrotables (o *iuris tantum*) es facilitar la prueba imponiendo normativamente (por el legislador o la jurisprudencia) considerar una situación como verdadera, salvo que se demuestre lo contrario.²¹⁹

A través de esta técnica se busca —en lo que aquí nos interesa— facilitar al juez la tarea de juzgar cuando el hecho resulta difícil de probar, ya que otorga una indicación concreta sobre el contenido de su sentencia ante circunstancias específicas.²²⁰ En efecto, las presunciones cumplen un papel instrumental en el Derecho, pues su función básica es posibilitar la superación de situaciones de *impasse* del proceso decisorio en aquellos casos en que existe cierta incertidumbre acerca de si se han producido determinadas circunstancias.²²¹

d) Regulación legal de las presunciones judiciales en Chile:²²² los artículos 426 del Código de Procedimiento Civil y 1712 del Código Civil

²¹⁸ AGUILÓ (2006), p. 19.

²¹⁹ GASCÓN, Ob. Cit. (40), p. 125.

²²⁰ También protegen valores ideológicos distintos a la búsqueda de solución al caso concreto, al tiempo que se desconectan de la búsqueda de la verdad. *Ídem*, p. 126-127.

²²¹ MENDONCA citando a ULLMAN-MARGALIT refiere que las presunciones presentan un rasgo de parcialidad al dar preferencia anticipada a cierta solución, frente a otras opuestas, lo que se justifica en consideraciones probabilísticas (es más/menos frecuente Q que NO-Q, en caso de P); evaluativas (las consecuencias de presumir Q, en caso de P, serían más/menos graves que las consecuencias de presumir NO-Q, en caso de P); y procesales (es más/menos fácil producir prueba en favor de Q que de NO-Q, en caso de P). MENDONCA (1999), pp. 94-95.

²²² El legislador Chileno distingue entre presunciones judiciales y legales.

regulan las presunciones judiciales, en términos que para este último las presunciones deben ser graves, precisas y concordantes. De este último requisito se infiere, además, que deben ser varias, mientras que para el Código de Procedimiento Civil una sola presunción es bastante, siempre que tenga gravedad y precisión suficientes a fin de formar convencimiento en el juez.²²³

Sobre el particular se ha entendido que las presunciones son graves cuando los hechos que se deducen son convincentes y concluyentes; son precisas cuando todas ellas se encaminan a la conclusión que se trata de probar y no adolecen de ambigüedad o vaguedad; son concordantes cuando guardan relación y conexión entre sí, sin que se adviertan contradicciones que pudieran destruirlas. Asimismo, en materia civil la multiplicidad de presunciones no es un requisito vital, bastando que tenga caracteres de gravedad y precisión suficiente para lograr la convicción del tribunal.²²⁴

²²³ El artículo 1712 del Código Civil dispone: “Las presunciones son legales o judiciales. Las legales se reglan por el artículo 47. Las que deduce el juez deberán ser graves, precisas y concordantes.” El artículo 426 Código de Procedimiento Civil indica: “las presunciones como medios probatorios se regirán por las disposiciones del artículo 1712 del Código Civil. Una sola presunción puede constituir plena prueba cuando, a juicio del tribunal, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento.”

²²⁴ PALOMO sostiene que la actividad presuncional es una labor enteramente personal y subjetiva del juez en el sentido de que la gravedad, precisión y concordancia de las presunciones es apreciada soberanamente por los jueces del fondo y no es revisable en casación. Luego, si de las probanzas producidas no es posible para el juez deducir presunciones que le permitan llegar al convencimiento de la existencia de otro hecho no hay infracción a las normas reguladoras de la prueba. PALOMO, Ob. Cit. (n°41), pp.334-338. Para CARNELUTTI “...que las presunciones hayan de ser graves y precisas significa, precisamente, que debe ser seria y precisa la experiencia a base de la cual se deduce de la presunción el hecho a probar; que además, deban ser concordantes significa que en el concurso de las pruebas críticas el juez ha de estar atento a discernir

Como la norma de presunción jurisprudencial requiere de una cierta interpretación sostenida por los tribunales, la interrogante a resolver es si el criterio de normalidad puede considerarse un indicio tipo o máxima de la experiencia bien asentada.²²⁵ Si la respuesta es positiva, entonces se puede estimar que tiene un carácter normativo. En caso contrario solo podemos hablar de criterios jurisprudenciales orientadores de la labor del juez.

Ahora bien, la utilización del criterio de normalidad como enlace para considerar una situación con caracteres de generalización,²²⁶ puede conducir a injustos en un caso particular, pues lo que aparece como normal en la mayoría de los casos, puede no serlo en la controversia sometida

las presunciones que se suman de las que se eliminan”. CARNELUTTI (1944), p. 538.

²²⁵ AGUILÓ, Ob. Cit. (n°44), p. 103.

²²⁶ TARUFFO sostiene que a menudo en el contexto judicial, jueces, abogados y partes usan como garantías para las inferencias probatorias enunciados que se han derivado del conocimiento previo que representan el sentido común que se comparte en un sociedad, las que con frecuencia se expresan bajo la forma de generalizaciones sin que cuenten con fundamento cognitivo ni se basen en estudio controlado, y por ello espurias, pues la inferencia probatoria es ficticia ya que la pretendida garantía no tiene fundamento cognitivo, siendo la consecuencia que la prueba no confirma la hipótesis en grado alguno. Si bien las generalizaciones de sentido común son necesarias en cada etapa del razonamiento sobre la prueba y los hechos, ya que en la mayoría de los casos son las premisas para las inferencias que conectan la información y los hechos, lo cierto es que el estatus epistémico de estas generalizaciones es usualmente vago e indeterminado, no tiene fundamentos estadísticos confiables y están fundadas solamente en el sentido común, por lo que su generalidad es dudosa y pueden ser contradichas por otras generalizaciones de sentido común o por una serie de circunstancias específicas, máxime si se considera que el concepto de máximas de la experiencia es más engañoso que útil pues transmite la impresión de que una inferencia basada en una máxima es deductivamente válida porque es derivada de una premisa general, aunque en verdad la mayor parte de las máximas no son generales. Esta impresión se basa en la confusión entre generalidad y generalización en un contexto en que las generalizaciones son usualmente infundadas. TARUFFO (2009), p. 487.

a decisión jurisdiccional. A continuación pretendemos poner de manifiesto ambos tópicos mediante el análisis de los criterios empleados por los Tribunales Superiores de Justicia de Chile.

V. Pronunciamientos de los tribunales superiores de justicia.²²⁷

a) Es necesario acreditar la certeza del lucro cesante tanto en su existencia como extensión.

En un reciente fallo la Excm. Corte Suprema ha sostenido que no basta la prueba del hecho generador del lucro cesante “...ya que el resultado pernicioso –exigible, indudablemente-necesita de certidumbre tanto en su existencia como en su extensión, por lo que no es dable pretender que quede entregado a un juicio de probabilidades. De ahí que para acceder a una petición de tal naturaleza no basta que se demuestre el fallecimiento del padre y cónyuge de las recurrentes a consecuencia del obrar de las demandadas que ha sido calificado de negligente o culposo y que tal situación ha provocado aflicción y pesar a los actores, porque la certeza -en lo que a lucro cesante concierne- exige que no solo se establezca su condición de trabajador remunerado –única evidencia que podría emanar del contrato de trabajo que se alega preterido- y la edad que presentaba a su fallecimiento –antecedente que sí quedó reconocido en el fallo-, sino que también y a lo menos, la demostración de que la relación laboral podría haberse mantenido

²²⁷ Se trata de sentencias dictadas entre los años 2009 y 2019 disponibles en el portal institucional del Poder Judicial de Chile, en que se utilizaron como criterios de búsqueda “responsabilidad extracontractual”, “muerte”, “lesiones”, “lucro cesante”. Las sentencias citadas obedecen a una selección instrumental para dar cuenta de los problemas probatorios del lucro cesante y, por ende, no pretende erigirse como un análisis exhaustivo de toda la jurisprudencia dictada en los últimos diez años, pues ello excede el objetivo de este trabajo.

en el tiempo, más allá de su cese natural en razón de las características de la función que desempeñaba, así como las condiciones que pudo ofrecer el mercado para su contratación por terceros en razón del grado de calificación del occiso, todos hechos que no están establecidos en la sentencia...”²²⁸

Como puede observarse, pese a encontrarse acreditado los requisitos de procedencia de la responsabilidad extracontractual (muerte del trabajador atribuible a la culpa de los demandados), y haberse rendido prueba sobre la actividad remunerada de la víctima, el máximo tribunal exige a los actores que desplieguen actividad probatoria adicional para acceder a la reparación. Así, se deja sin reparar un daño cierto, por las dudas relacionadas con la extensión de la indemnización, no obstante, existir prueba sobre los ingresos de la víctima.²²⁹ Una cuestión distinta es que los actores no hubiesen desplegado actividad probatoria alguna sobre el particular, como por ejemplo, cuando se acompaña –únicamente- la sentencia dictada en sede penal como fundamento de la indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual,²³⁰ en que ciertamente puede reprocharse orfandad probatoria.

b) La edad de jubilación no es suficiente como parámetro para determinar la extensión de la reparación.

La Corte de Apelaciones de Santiago, a propósito de la muerte del padre de los actores con ocasión de una explosión, sostuvo que “... en lo que respecta al daño por lucro cesante que

²²⁸ Excm. Corte Suprema, Rol N° 43.229-2017, de 26 de diciembre de 2018.

²²⁹ En el mismo sentido véase Excm. Corte Suprema, Rol N° 11458-2013, de 14 de octubre de 2014.

²³⁰ Excm. Corte Suprema, Rol N° 7.085-2017, de 21 de febrero de 2018.

habrían debido soportar los actores, en concepto de esta Corte no se encuentra acreditado. En efecto, se ha fundamentado la pretensión en la certeza que el padre alcanzaría los 75 años de edad y que hasta esa época mantendría el nivel de ingresos observado antes de su muerte. Tal afirmación no puede ser sostenida porque no es convincente, toda vez que la vida laboral está sujeta a múltiples contingencias que impiden asegurar que la familia habría percibido los ingresos reclamados, criterio que deriva de la frecuente ocurrencia muertes imprevistas, como la que ha provocado esta acción. Además es sabido que las capacidades profesionales y por ende los ingresos disminuyen notablemente con el transcurso del tiempo.”²³¹

En otro pronunciamiento, cuyo sustrato fáctico acreditado es el fallecimiento del trabajador en una faena rutinaria y que la víctima había celebrado un contrato de trabajo a plazo fijo con la demandada, la Excma. Corte Suprema sostuvo que “...la sentencia de grado determinó que la parte demandante no acreditó la concurrencia del lucro cesante ni su necesaria certidumbre y, por el contrario estableció que existían importantes períodos de tiempo en que el difunto no registraba cotizaciones previsionales, lo que revelaba que hubo en el lapso noviembre de 1999 a septiembre de 2004, espacios de tiempo en los cuales no trabajó; también determinó que el contrato de trabajo que la demandada celebró con [la víctima] el 13 de marzo de 2004 era un contrato de trabajo a plazo fijo que sólo duraría un mes; que nada podía garantizar que vencido este contrato, el citado tripulante de inmediato sería contratado por la misma u otra empresa pesquera, que estaría permanentemente contratado obteniendo similares remuneraciones mensuales; y además, que nadie podía garantizar ni asegurar que ... [la víctima], de no haber encontrado la muerte en el naufragio, hubiera

²³¹ Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 4085-2001, de 11 de agosto de 2006.

vivido 28 años más”.²³²

Ambas sentencias consideran que no es posible inferir que un trabajador laboralmente activo hubiese generado ingresos hasta la edad de jubilación. Este criterio no es uniforme como veremos a continuación, ni a nuestro parecer correcto, ya que se aleja de las circunstancias que se pueden esperar conforme al curso normal de las cosas (criterio de normalidad). Además, el segundo fallo pone de manifiesto, nuevamente, que las dudas están relacionadas con la extensión de la reparación (por la existencia de un contrato de trabajo a plazo fijo) y no con la certeza del lucro cesante.

c) La expectativa de vida laboral de la víctima constituye un parámetro razonable para fijar la reparación del lucro cesante.

La víctima a la época del accidente que le causó la muerte se desempeñaba como profesional en un organismo público, tenía 50 años y se acompañó prueba documental que daba cuenta de sus ingresos mensuales. Con este sustrato fáctico la Excma. Corte Suprema accedió a la reparación del lucro cesante sosteniendo que “... resulta evidente que, siempre la determinación de este rubro, al vincularse con un hecho futuro, genera incerteza, sin embargo, aquello no puede ser un obstáculo insalvable, pues su aceptación se vincula con la existencia de probanzas que conduzcan a concluir que es razonable aceptar que el hecho futuro habría tenido lugar. Así, en el caso concreto [es razonable] estimar que el actor habría continuado percibiendo tales ingresos de no mediar el accidente que genera la responsabilidad del demandado...”²³³

²³² Excma. Corte Suprema Rol N° 7830-2009, de 7 de marzo de 2012.

²³³ Excma. Corte Suprema, Rol N° 6317-2018, de 31 de enero de 2019.

Esta sentencia distingue adecuadamente la certeza del lucro cesante de las dudas asociadas a la extensión de la reparación, que en el presente caso se limitó a 10 años y al 50% de los ingresos que percibía la víctima. Así las cosas, encontrándose acreditado el lucro cesante no puede dejarse sin reparación por la dificultad que suponga la determinación exacta del quantum reparatorio.

Este criterio aparece refrendado en un pronunciamiento anterior de la Excma. Corte Suprema en que, no obstante haberse acompañado el contrato de trabajo indefinido y las liquidaciones de remuneraciones del trabajador fallecido, los jueces del grado rechazaron el lucro cesante. Sobre el particular la Corte estimó que “...el lucro cesante es la ganancia frustrada que no se logra por causa del hecho fuente de responsabilidad, en circunstancias que era dable esperar conforme al curso normal de las cosas”. Luego, “por ser la utilidad futura el hecho fundante de la indemnización, las dificultades de la prueba son mayores y obligan a entender ésta cuestión de manera diferente a la acostumbrada”. En la sentencia de remplazo se regula la indemnización “...a partir de los ingresos y capacidades laborales probadas que permiten establecer la ganancia probable que constituye el lucro cesante...”.²³⁴

En esta misma línea, la Corte de Apelaciones de Santiago acogió la reparación del lucro

²³⁴ La Excma. Corte Suprema agrega que “...a estos efectos, en primer lugar, no es posible dejar de considerar que sólo parte de lo percibido por el trabajador fallecido beneficiaría a los actores de autos, porque es obvio que todo trabajador satisface, también, sus propias necesidades. Además, no es posible concluir con completa certeza que se dispondrá durante toda la vida de un trabajo de las mismas características. De allí que sólo se considerará un pago que a estos efectos pueda ser tenido como razonable”. Esto reafirma nuestro punto sobre la importancia de distinguir las dificultades de la reparación con la certeza. Rol N° 6680-2008, de 28 de enero de 2011.

cesante teniendo en consideración el contrato de trabajo de la víctima, su edad y relación de parentesco con los actores,²³⁵ mientras que en otra oportunidad estimó que encontrándose acreditado que el hijo fallecido de los demandantes era el principal sostenedor del hogar común, su muerte significaba una pérdida de ingresos para los actores constitutiva de lucro cesante y ordenó su reparación, pese a las dudas sobre el quantum.²³⁶

Ahora bien, tratándose de lesiones la Excma. Corte Suprema ha reiterado que el lucro cesante es la ganancia frustrada que era dable esperar conforme al curso normal de las cosas y que no se logra por causa del hecho fuente de responsabilidad, distinguiendo adecuadamente la prueba de la certeza de las dificultades para el establecimiento del quantum reparatorio.²³⁷ En el

²³⁵ Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 6522-2012, de 28 de enero de 2014.

²³⁶ “No obstante, no puede determinarse si dicho aporte pudo haberse prolongado durante toda la vida laboral del señor(...) y por los restantes años de vida de sus padres, a lo cual debe agregarse que su remuneración mensual no era la única fuente de ingresos del grupo familiar. Por el contrario, los antecedentes del proceso permiten concluir, por vía de presunción grave y precisa, que el trabajador aportaba a sus padres recursos equivalentes al 80% de su sueldo, que ascendía a \$180.000 mensuales, y que, con certeza, pudo haber mantenido este aporte por cinco años. En consecuencia, estimándose procedente la indemnización de este daño patrimonial, se determinará su monto en base a estos parámetros”. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2073-2009, de 18 de diciembre de 2009.

²³⁷ “...es claro que no se puede exigir prueba del modo que se hace para establecer un hecho que antecede al proceso, porque el que funda la pretensión no ha tenido lugar. Tal dificultad no puede ser un obstáculo insalvable para las pretensiones de esta clase, las que habrán de ser resueltas teniendo en cuenta que se trata de hechos futuros y, por lo mismo, inciertos, de manera que la aceptación de una hipótesis fáctica consistente en lo que habría debido ocurrir depende sólo del mérito de las probanzas que conduzcan a concluir que es razonable aceptar que el hecho futuro habría tenido lugar de no mediar el evento dañoso”. Agrega que “...para evaluar el lucro cesante sólo se exige que se proporcionen antecedentes suficientes que permitan determinar una ganancia probable que deja de percibirse,

fallo se acreditó que los actores percibían un sueldo promedio mensual que después del accidente que les causó lesiones fue reemplazado por una pensión de invalidez, de monto menor. Ello fue considerado un antecedente apto para concluir la procedencia del lucro cesante pues *“ha de tenerse como cierto que es normal que personas de la edad de ambos demandantes hubieran mantenido sus condiciones de trabajo durante el resto de vida laboral que les quedaba hasta alcanzar la edad legal para jubilar”* en tanto *“nada conduce a una conclusión contraria, es razonable estimar que dichos demandantes habrían continuado percibiendo ingresos de no mediar el accidente de responsabilidad de la parte demandada.”*²³⁸

Anteriormente el máximo tribunal había sostenido que existe certeza y determinación suficiente cuando se encuentra acreditado el porcentaje de merma de la capacidad de trabajo de la víctima (que conforma el perjuicio propiamente tal), su especialidad dentro del oficio que desempeñaba y el monto de los honorarios que percibía, sosteniendo que el hecho de tratarse *“...de un varón, activo, padre de familia y con*

pues de otro modo, estas acciones siempre tendrían que ser rechazadas, dejándose de aplicar la norma que dispone que todo daño debe ser indemnizado.” Rol N° 3852-2013, de 12 de septiembre de 2013.

²³⁸ La Corte acoge la indemnización por lucro cesante en un monto equivalente a la diferencia existente entre la pensión de invalidez que actualmente percibían los actores y la remuneración mensual que percibían con anterioridad al hecho generador del daño y hasta cumplir cada uno de ellos la edad legal para jubilar, sosteniendo que para *“... haber desechado acción indemnizatoria (por lucro cesante) debía acreditarse el hecho contrario, esto es, convencer de que los trabajadores carecían de aquella capacidad de trabajo que ha sido invocada para justificar el lucro cesante, en términos tales que no sea posible afirmar dicho supuesto. Este deber de prueba claramente corresponde a quien introduce dicha excepción que pugna con los hechos que deben tenerse por “corrientes” o “normales” y, por consiguiente, se trata de un aporte fáctico que debe ser asumido por quien lo hace, según lo previene el artículo 1698 del Código Civil.”* Excm. Corte Suprema, Rol N° 3852-2013, de 12 de septiembre de 2013.

*una especialidad dentro de su oficio, constituyen datos suficientes para afirmar que estaba trabajando y que seguiría haciéndolo. Si bien esto último involucra una presunción, es aquella una bien fundamentada y que responde a lo que es natural y propio en la vida de un ser humano y no aquello que es contrario y que, en ningún caso podría ser presumido.”*²³⁹

En el mismo orden de ideas, la Corte de Apelaciones de Santiago considerando que se encontraban probadas la lesiones de carácter irreversible del actor, con un menoscabo global cuantificado mayor a un 80%, y que antes de accidente trabajaba habitualmente como obrero agrícola por un sueldo mínimo mensual, estimó acreditado el lucro cesante y fijó su reparación estimando que *“de no mediar el acto ilícito, habría podido razonablemente continuar percibiendo dichas entradas, a lo menos, durante los veinte años siguientes a la fecha del incidente vehicular; esto es, antes de cumplir los sesenta y cinco años...”*²⁴⁰

Los fallos analizados demuestran que la jurisprudencia utiliza el curso normal de los acontecimientos como una generalización basada en la experiencia que es ampliamente compartida, por lo que puede considerarse un indicio tipo. Las discrepancias se observaban en la forma de utilizar y comprender este criterio, lo que trasunta

²³⁹ *“...en lo que concierne al monto de los honorarios que sirvieron de base para el cálculo, es efectivo que pudo existir una variación en ellos, pero al alza y no -como pretende el recurrente- a la baja, puesto que el maestro estucador pudo ganar experiencia con el transcurso del tiempo, sin perjuicio de los naturales reajustes que experimentan los emolumentos con el devenir de los años; y, en todo caso, tratándose de la ganancia probable, lo que se tuvo por establecido fue el promedio mínimo que pudo el actor percibir con su habitual esfuerzo, hasta la fecha en que habría obtenido su jubilación”.* Excm. Corte Suprema, Rol N° 7130-2008, de 14 de septiembre de 2009.

²⁴⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 3509-2013, de 16 de abril de 2014.

en soluciones disímiles. Sin embargo, ello no es óbice para estimar que es posible establecer una norma de presunción jurisprudencial basado en el criterio de normalidad.

Una segunda cuestión que surge de las sentencias citadas, es que ante situaciones fácticas similares se resuelve de diversa forma, porque se aplica el criterio de normalidad o curso normal de los acontecimientos confundiendo el ámbito de la existencia del lucro cesante con el ámbito de su magnitud.²⁴¹ Así, este criterio opera en una doble faz, primero, para acreditar la existencia del lucro cesante en que probados los hechos de los que se pueda desprender la ganancia esperada, ha de asumirse que persistirán en el tiempo las características de la persona y el entorno anterior a la comisión del hecho dañino.²⁴² En segundo lugar, el curso normal de los acontecimientos debe considerarse para establecer la magnitud del beneficio que la víctima ha dejado de percibir a través de una razonable proyección futura de las circunstancias debidamente establecidas.²⁴³

En efecto, en los pronunciamientos jurisprudenciales se observa que estando acreditado el daño, la relación de causalidad y la acción u omisión del demandado, así como los ingresos y actividad remunerada de la víctima, el lucro cesante es rechazado bajo la estimación que no es razonable proyectar dichas ganancias, específicamente, por dudas sobre su extensión. Este es el genuino problema que se pretende dilucidar con la propuesta de una norma jurisprudencial de presunción -tal como veremos a continuación- ya que un daño cierto y objetivo queda sin indemnizar por las dificultades para establecer el *quantum*.

²⁴¹ VICENTE, Ob. Cit. (n°2), pp.41-45.

²⁴² PEÑAILILLO (2018), pp.13-14.

²⁴³ En opinión de PEÑAILILLO es en la deducción y en la cuantía donde ha de estar atenuado el habitual rigor probatorio. *Ídem*, p.14.

VI. Norma jurisprudencial de presunción.

La creación de una norma de presunción jurisprudencial en este punto, radica en que las decisiones de los Tribunales Supremos de cada país repercuten en el ejercicio de la labor jurisdiccional, en la medida que estas son seguidas por los tribunales inferiores. En este punto DAMAŠKA advierte que aunque formalmente los tribunales continentales son libres de hacer caso omiso de las decisiones de sus superiores, en realidad recurren a ellas para orientarse: sus opiniones son seguidas como una cuestión de práctica institucional normal.²⁴⁴

1.- Características

a) **Presunción jurisprudencial:** se trata de una norma de presunción en que el juez no formula una inferencia entre hechos, ni extrae consecuencias cognoscitivas respecto de su existencia,²⁴⁵ sino que aplica una regla que ordena tener por probado un hecho (presumido) a partir de la prueba de otro hecho (base).

Ahora bien, si se asume que la averiguación de la verdad es un objetivo institucional de la actividad probatoria en el proceso judicial,²⁴⁶ pues para que el proceso conduzca a decisiones jurídicas y racionalmente correctas, debe estar orientado a establecer la verdad de los hechos de la causa, lo que es coherente con la cláusula constitucional del

²⁴⁴ El autor agrega que “...las desviaciones de esas opiniones conllevan una sanción, esto es, la revocación en la apelación”. DAMAŠKA (2015), pp. 26-27. Sobre el precedente en el *civil law* véase: TARUFFO (2016), “*Precedente y jurisprudencia*”; “*Dimensiones del precedente judicial*”, en *Reflexiones sobre derecho procesal*, MERINO y NAVARRO (Coord.), Ediciones Jurídicas de Santiago, pp. 23-64; Sobre el precedente en materia de hechos, Cfr. NÚÑEZ, Ob. Cit. (n°16).

²⁴⁵ GAMA (2013), p 81.

²⁴⁶ FERRER (2007), p. 19.

debido proceso,²⁴⁷ entonces desde el punto de vista epistemológico deben admitirse todas las pruebas que aporten información relevante,²⁴⁸ en apoyo o en contra, de una hipótesis fáctica afirmada en el proceso (principio general de inclusión).²⁴⁹

Luego, la cuestión que se plantea desde la perspectiva del fin del proceso civil, es en qué medida debe el fin de averiguación de la verdad ceder frente a otros fines legítimos en el diseño de las normas probatorias. En otras palabras, dado que las presunciones pueden resultar contraepistémicas,²⁵⁰ dificultando o limitando las posibilidades de éxito en la averiguación de la verdad, la interrogante a resolver es qué justifica la propuesta de una norma jurisprudencial en esta materia. En nuestra opinión, la respuesta pasa por entender que el fin que persigue la facilitación probatoria no se encuentra por completo desvinculado de la averiguación de la verdad, pues busca concretar el principio de reparación integral del daño a través del acceso a la tutela judicial efectiva, fines que por lo demás el proceso civil también tutela.²⁵¹ Por lo demás, no puede perderse de vista que tras el principio de reparación integral del daño está el respeto y protección de la dignidad humana.

Establecido lo anterior, es dable afirmar que la presunción jurisprudencial que se propone puede ser aceptada como una norma válida, porque expresa una regularidad, normalidad o alta probabilidad de correspondencia con la

realidad, en términos que es seguro atenerse a ella. Lo anterior no significa que siempre y en cada caso sea más probable la verdad del resultado que arroja, sino que de manera general esta regla es más segura.²⁵² Es decir, a partir de los pronunciamientos sostenidos en el tiempo por los Tribunales Superiores en que se utilizaron como enlace o garantía máximas de la experiencia²⁵³ que se han reiterado en el tiempo, es posible crear una norma jurisprudencial que exprese cierta regularidad y, por ende, resulte más fiable.

Esta norma está basada en una generalización²⁵⁴ que supone la selección y supresión de propiedades y, por ende, habrá casos en que la generalización falle.²⁵⁵ Según los ejes de clasificación propuestos por ANDERSON, SCHUM y TWINING para el contexto de los argumentos sobre cuestiones de hechos, *mutatis mutandis*, esta generalización puede categorizarse con relación a su fuente y fiabilidad. Respecto a la confiabilidad, estamos en presencia de una generalización basada en conocimiento general que es aceptada en el momento y lugar

²⁴⁷ TARUFFO (2010), p. 266.

²⁴⁸ Un elemento de juicio es relevante para la decisión sobre la prueba de un enunciado fáctico si, y sólo si, permite fundar en él una conclusión sobre la verdad del enunciado fáctico a probar. *Ídem*, p. 71.

²⁴⁹ FERRER (2007), pp. 40-45.

²⁵⁰ Una presunción *iuris et de iure* en el que se demuestra como verdadero el antecedente de la presunción, pero se sabe que el consecuente es, para el caso individual, falso. NÚÑEZ, Ob. Cit. (nº 16), p. 63.

²⁵¹ ACCATINO (2018), p. 13.

²⁵² Aceptar y aplicar una norma de presunción no obliga a creer en la ocurrencia de un hecho, sino a considerar probado o no probado cierto hecho bajo ciertas circunstancias. AGUILÓ, Ob. Cit. (nº55), pp. 13-16.

²⁵³ Existen enunciados generales que no son el producto de ningún razonamiento probatorio y ello no quiere decir que sean enunciados falsos. Así, es posible distinguir los enunciados generales que dan cuenta de hechos, acciones o estados de cosas que, aunque no han sido objeto de prueba, gozan de un importante margen de aceptación (las así llamadas “máximas de la experiencia”), de aquellos enunciados que no son ni producto de ninguna prueba ni tampoco de conocimientos generalmente aceptados, sino que más bien constituyen prejuicios. NÚÑEZ, Ob. Cit. (nº 16), p. 70.

²⁵⁴ Las generalizaciones representan el pegamento que mantiene unidos nuestros argumentos, en términos que cada inferencia depende de una generalización. ANDERSON, SCHUM y TWINING (2015), p. 139. En palabras de SCHAUER “generalizar” es la elección de transitar de lo particular a lo general y “generalización” es el producto de ese proceso. SCHAUER (2004), p. 77.

²⁵⁵ Debido a que las generalizaciones son sub y sobreincluyentes. SCHAUER (2004), pp. 76-96.

del juicio y que, puede demostrarse su falsedad en el caso concreto. Con relación a la fuente, se trata de una generalización de creencias, es decir, que se sintetiza o intuye a partir de un acervo de creencias y conocimientos.²⁵⁶

Con esta clasificación queremos demostrar que el criterio de normalidad puede resultar falible en un caso concreto (porque las generalizaciones no pueden ser verificadas), pero ello se supera dando la opción a la contraparte de atacar la presunción. Así, se otorga al demandante una facilitación probatoria ante un hecho de difícil prueba, resguardando adecuadamente el derecho a defensa del demandado.

b) Condicional: el juez debe dar por probado el hecho presunto si se prueba el hecho base. En caso contrario, no existe la obligación de asumir la ocurrencia del hecho presunto²⁵⁷ (“Si probado P obligatorio dar por probado Q a menos que se prueba no Q”).

c) Derrotable: se puede modificar (rechazar) la conclusión si se proporciona nueva información. Así, la contraparte puede atacar i) impugnado la presunción, es decir, negando los fundamentos empíricos del enunciado de presunción; ii)

²⁵⁶ Según los cuatro ejes de clasificación propuestos por ANDERSON, SCHUM y TWING tendría las siguientes características: i) generalidad (nivel de abstracción): es una generalización de forma abstracta, porque no ha sido hecha para el caso específico en que es aplicada; ii) confiabilidad (o grado de certeza): conclusión ampliamente compartida basada en experiencia común pero no probada: las personas laboralmente activas trabajan hasta la edad de jubilación; iii) la fuente (o base): conocimiento adquirido de generalizaciones “sintético/intuitivas” cuya fuente no puede identificar a la persona que las formula; iv) grado de coincidencia: generalización ampliamente compartida dentro de una comunidad relevante. ANDERSON, SCHUM y TWING (2015), pp. 321-333.

²⁵⁷ AGUILÓ denomina a estas “presunciones reglas” en oposición a las “presunciones principios” en que la obligación no depende de la prueba de ningún hecho base. AGUILÓ, Ob. Cit. (nº55), p. 23.

bloqueando la presunción, negando la ocurrencia del hecho base; iii) derrotando la presunción, exceptuando el enunciado mostrando que la conclusión es falsa o debilitando la conclusión porque hay indicios para creer que el caso es una excepción a la regularidad que fundamenta la presunción.²⁵⁸

d) Tiene un carácter instrumental y su justificación es otorgar una facilitación probatoria: La justificación de la norma jurisprudencial propuesta radica en establecer un equilibrio probatorio entre las partes en conflicto, atendida la dificultad de prueba que supone el lucro cesante futuro. Este mecanismo procesal busca complementar el derecho sustantivo, en la medida que posibilita el éxito de las pretensiones resarcitorias que prevé la responsabilidad civil, a través de la facilitación o mitigación de las dificultades probatorias del actor.²⁵⁹ Así, no se altera la carga de la prueba, sino que se modifica el *thema probandi*, es decir, no afecta quién tiene que probar, pero sí los hechos que tiene que probar (qué debe probar). En efecto, la parte favorecida con la presunción debe acreditar el hecho base y, en ese evento, la parte contraria deberá adoptar alguna de las estrategias de defensas ya

²⁵⁸ AGUILÓ (1999), p. 652; (2006), p. 13; (2017), p. 103; MENDONCA (1999), pp. 97-98. Una cuarta vía sería impugnar el fundamento externo de la norma (derrotabilidad externa). Cfr. CHIASSONI (2012), *La derrotabilidad en el Derecho*, en *Desencantos para abogados realistas*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2012, 448 pp.

²⁵⁹ Aunque referido a las presunciones legales, ORMAZABAL estima que estas constituyen una facilitación probatoria que dota de efectividad al derecho de daños, ya que consigue equilibrar en mayor medida las posiciones de las partes ofreciendo al que la precisa una prudente facilitación probatoria y al gravado por la presunción mayores posibilidades de éxito que si se estableciera una inversión de la carga de la prueba. ORMAZABAL, Ob. Cit. (nº18), p. 12. Por otra parte, debe considerarse que para superar las dificultades probatorias del lucro cesante algunos ordenamientos cuentan con reglas especiales que utilizan criterios abstractos de determinación del lucro cesante, que facilitan la prueba del mismo. MORALES MORENO, p. 25.

reseñadas.²⁶⁰

Así las cosas, esta presunción busca reducir el riesgo probatorio del actor, sin alterar inicialmente la carga de la prueba, pues esta última responde la pregunta -en clave de todo o nada- ¿quién pierde si no hay prueba suficiente?²⁶¹ Pero una vez que se ha probado el hecho base, se traslada al oponente la carga de la prueba de lo contrario, esto es, del hecho presumido.²⁶² En otras palabras, esta es una estrategia de distribución de riesgo probatorio que deja a la víctima en la posición de probar un hecho más fácil (hecho base), que se basa en la dificultad probatoria que supone la prueba del lucro cesante futuro.²⁶³

2.- Criterios para su establecimiento

Antes de describir los criterios para la aplicación (creación) de una norma jurisprudencial en esta materia, resulta útil efectuar dos precisiones. En primer lugar, la presunción no pretende relevar al actor de la prueba de los elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual, sino que superar un problema de aplicación práctica del criterio de normalidad. Ello supone que esta norma de presunción solo se aplica si se ha probado la muerte o las lesiones, causalidad y acción u omisión del demandado. En segundo término, consideramos que tratándose de personas laboralmente activas la edad legal de jubilación constituye un parámetro objetivo para establecer la extensión de la reparación, teniendo en consideración que, de acuerdo a

²⁶⁰ AGUILÓ, Ob. Cit. (n°55), p. 21.

²⁶¹ La función de la carga de la prueba es la distribución del riesgo del error entre las partes. FERRER, Ob. Cit. (n° 28), p. 6. En otras palabras, es la distribución del riesgo de la incerteza. ORMAZABAL, Ob. Cit. (n°18), p. 15.

²⁶² GAMA (2013), p. 80.

²⁶³ Y en este caso sería la aplicación subjuntiva de una regla y no razonamiento probatorio. La presunción es un mecanismo deductivo, de fijación de los hechos diferente de la prueba. ORMAZABAL, Ob. Cit. (n°18), p. 110.

la información oficial disponible en Chile, la esperanza de vida al nacer para las mujeres es de 82,85 años y para los hombre de 77,22 (con una tasa de mortalidad de 6,0 por 1000), mientras que el 68,5% de la población se encuentra en el rango etario de 15 a 64 años, registrándose un proceso de envejecimiento de la población expresado en un aumento sostenido del porcentaje de personas de 65 años o más (4,8% en 25 años).²⁶⁴ Asimismo, consta que el 58% de la población declara trabajar y que la edad promedio del trabajador es de 41,8 años. Por su parte, la proporción de defunciones de personas de 60 años y más sobre el total de defunciones del país es de un 78,6%.²⁶⁵ Lo que muestran los datos, de forma general, es que la edad de jubilación puede constituir un parámetro útil para fijar un límite a la reparación ²⁶⁶.

En lo que sigue, distinguiremos el tipo de daño corporal (lesiones con secuelas permanentes o muerte) efectuando algunos matices en cada caso.

i) Muerte: es necesario acreditar como hecho base:

a) Que la víctima del daño desarrollaba una actividad lucrativa y el monto de los ingresos líquidos o al menos parámetros para establecer su liquidez: hacemos referencia, esencialmente, a prueba documental tratándose de trabajadores dependientes (comprobante de remuneraciones; boletas de honorarios, etc.). En caso de trabajadores independientes, la prueba documental puede complementarse con una pericia contable que dé cuenta de los ingresos líquidos y la posibilidad de dividirlos según el periodo de tiempo en que se percibían (días, semanas, meses o años). En el caso de los trabajadores informales, cuya precariedad

²⁶⁴ Instituto Nacional de Estadísticas, información disponible en www.censo2017.cl

²⁶⁵ Información disponible en <http://www.deis.cl/estadisticas-mortalidad/>

²⁶⁶ Sin perjuicio que pudiesen considerarse otros elementos, como por ejemplo, el plazo máximo de prescripción.

en el empleo supone ausencia de registros de seguridad social y, las más de las veces, carencia de movimientos o registros bancarios, una buena forma de acreditar ingresos consiste en un informe pericial social, en que consten los gastos del grupo familiar y las ganancias para soportarlos.

Finalmente, es importante dejar asentado que el hecho que estos ingresos fuesen alternados, por un periodo fijo de tiempo, por temporadas o fluctuantes, ciertamente impacta en la extensión de la reparación, pero de ello no se sigue que deba rechazarse la indemnización solicitada.

b) Estado de salud de la víctima antes del daño: resulta necesario para dar sustento a una reparación por la vida laboral activa. Por el contrario, si sufría —llevando el argumento al extremo— una enfermedad terminal entonces constituye un enriquecimiento injusto.

Hecho presumido: acreditado que la víctima desarrollaba una actividad lucrativa y su monto líquido, así como su estado de salud, resulta razonable conceder la reparación del lucro cesante por el tiempo que media entre hecho causante del daño y la época en que hubiese cumplido la edad de jubilación y por el monto líquido (diario, semanal, mensual o anual) que percibía, salvo prueba en contrario que altere este criterio de normalidad.

ii) Lesiones: es necesario acreditar como hecho base:

a) Que la víctima del daño desarrollaba una actividad lucrativa y el monto de los ingresos líquidos o, al menos, parámetros para establecer su liquidez.

b) La acreditación de la cualificación profesional o experiencia laboral: resulta relevante dicha prueba en esta hipótesis, pues ello permite distinguir las posibilidades reales de

reinsertarse laboralmente (dependiendo del grado de incapacidad que haya generado la lesión).

Hecho presumido: acreditado que la víctima desarrollaba una actividad lucrativa y sus ingresos líquidos, así como las secuelas en su estado de salud, resulta razonable conceder la reparación del lucro cesante por el monto líquido que dejó de percibir (total o parcialmente) por el tiempo que media entre el hecho causante del daño y la época en que hubiese cumplido la edad de jubilación, salvo prueba en contrario que altere este criterio de normalidad.²⁶⁷

VII. Conclusiones.

a) En las inferencias probatorias empíricas que realizan los jueces, se observa una utilización disímil del criterio de normalidad como enlace, lo que explica la disparidad de pronunciamientos ante situaciones análogas. Ello obedece, en gran medida, a una falta de distinción adecuada entre la existencia y cuantificación del daño.²⁶⁸ Ciertamente, la dificultad que supone traducir el daño a una suma dineraria exacta no puede constituir un obstáculo para reparar un daño cierto.

b) Lo anterior se ve agravado si se pone el foco en la víctima del daño, ya que la prueba del lucro cesante futuro en la responsabilidad extracontractual supone una dificultad probatoria que obstaculiza, en mayor o menor medida, el acceso a la tutela judicial efectiva y a la reparación integral del daño.

c) La implementación de una norma jurisprudencial de presunción permite superar ambas dificultades, al unificar criterios y

²⁶⁷ En ambos casos el demandado puede defenderse a través de las estrategias señaladas anteriormente.

²⁶⁸ Contribuye también la pasividad probatoria de los litigantes, la deficiente formulación de peticiones concretas y la aportación de prueba insuficiente o inidónea.

otorgar una facilitación probatoria a la víctima, resguardando adecuadamente los derechos del demandado, quien mantiene a salvo sus posibilidades de defensa.

d) La norma jurisprudencial de presunción que se propone busca dar solución a las dificultades probatorias del lucro cesante en ordenamientos jurídicos que no cuentan con un baremo legislativo. Para ello, hemos utilizado una hipótesis simple de reparación (como propuesta inicial al debate) sobre la cual pueden construirse otras más complejas, a través de la incorporación de diversas variables, como por ejemplo: víctimas laboralmente inactivas, menores de edad, posibilidad de revisión posterior en caso de reducción o incremento de la evaluación del daño, proporción de los ingresos del fallecido que corresponde a las víctimas por rebote, entre otras.

VIII. Bibliografía.

- ABELIUK, Rene (1993), *Las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 1035 pp.
- ACCATINO, Daniela (2018), *Apuntes sobre prueba y verdad*, inédito, pp. 1-14.
- AGUILÓ, Josep:
- (2017), *Las presunciones hominis y las inferencias probatorias*, en *Derecho PUCP*, N° 79, 2017, pp. 99-110.
 - (2006), *Presunciones, verdad y normas procesales*, en *ISEGORÍA*, N° 35, julio-diciembre, 2006, pp.9-31.
 - (1999), *Notas sobre "presunciones" de Daniela Mendonca*, en *Doxa*, N° 22, 1999, pp.649-660.
- ANDERSON, Terence; SCHUM, David y TWINING, William (2015), *Análisis de la prueba*, (Madrid, Marcial Pons), 463 pp.
- BARROS, Enrique (2013), *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 1229 pp.
- BORDALI, Andrés, CORTEZ, Gonzalo, PALOMO, Diego (2013), *Proceso Civil. El juicio ordinario de mayor cuantía* (Santiago, Legal Publishing Chile) 361 pp.
- CAPITANT, Henri, TERRÉ, Francois y LEQUETTE, Yves (2005), *Los grandes fallos de la jurisprudencia civil francesa* (Traducc. DE LIZCANO, Jeanne, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional Ltda.) 1390 pp.
- CARNELUTTI, Francisco (1944), *Sistema de derecho procesal civil, Tomo II, Composición del proceso* (Buenos Aires, Uteha Argentina) 733 pp.
- CORRAL, Hernán (2013), *Lecciones de responsabilidad extracontractual* (Santiago LegalPublishing Chile) 474 pp.
- DAMAŠKA, Mirjan (2015), *El derecho probatorio a la deriva*, (Madrid, Marcial Pons) 158 pp.
- DE CUPIS, Adriano (1975), *El daño. Teoría de la responsabilidad civil*, (Barcelona, Bosch) 854 pp.
- DIAZ, José (1998), *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 291 pp.
- DIEZ-PICAZO, Luis (2011), *Fundamentos del derecho civil patrimonial, Tomo V, La responsabilidad civil extracontractual*, (Pamplona, Thomson Reuters) 514 pp.
- DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio (2012), *Sistema de derecho civil* (Madrid, Editorial Tecnos) 363 pp.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón:
- (2011), *Notas sobre el lucro cesante y el perjuicio económico futuro*, en CORRAL, Hernán (Coord.), *Estudios de derecho civil, Tomo II* (Santiago, LegalPublishing) 643-658 pp.

- (1990), *Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad. Una visión comparatista*, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 188, año LVIII, Julio-Diciembre 1990, pp.125-168.
- ELLORIAGA, Fabián:
 - (2002), *Daño físico y lucro cesante*, en COURT, Eduardo (coord.), *Derecho de daños* (Santiago, Lexis Nexis ConoSur) pp.53-65.
 - (2005), *El perjuicio patrimonial por daños físicos en la doctrina y jurisprudencia chilenas*, en *Anales UC*, 2005, pp. 231 -256.
- FERRER, Jordi:
 - (2007), *La valoración racional de la prueba*, (Madrid, Marcial Pons) 176 pp.
 - (2016), *La prueba de la causalidad en la responsabilidad civil*, en MERIÑO, Marcelo y NAVARRO, Roberto (Coords.), *Reflexiones sobre derecho procesal*, (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago), pp. 65-91.
 - (2018), *Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea*, ponencia presentada en el Congreso Mundial de Razonamiento Probatorio, Girona, 6 al 8 de junio de 2018, inédita, 35 pp.
- GAMA, Raymundo (2013), *Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental*, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 19, año 2013, pp. 65-89.
- GASCÓN, Marina (2010), *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, (Madrid, Marcial Pons) 220 pp.
- GONZÁLEZ, Daniel (2013), *Quaestio facti (Ensayos sobre prueba, causalidad y acción)*, (México D.F., Editorial Fontamara) 176 pp.
- MENDONCA, Daniel, *Presunciones*, en *Doxa*, N° 21, 1998, pp. 89-98.
- MAZEAUD, Henri y León, TUNC, André (1963), *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América) 636 pp.
- MORALES MORENO, Antonio (2010), *Incumplimiento del contrato y lucro cesante* (Navarra, Thomson Reuters) 192 pp.
- NÚÑEZ, Álvaro (2018), *Precedente en materia de hechos*, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XXXI, N° 1, junio 2018, pp. 51-78.
- ORMAZABAL, Guillermo (2004), *Carga de la prueba y sociedad del riesgo*, (Madrid, Marcial Pons) 191 pp.
- PEÑAILILLO, Daniel:
 - (2018), *Sobre el lucro cesante*, en *Revista de Derecho*, N° 243, (enero – junio) 2018, pp. 7-35
 - (1989), *La prueba en materia sustantiva civil*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 119 pp.
- PIZARRO, Carlos y DE LA MAZA, Iñigo (2012), *Responsabilidad Civil. Casos Prácticos* (Santiago, LegalPublishing) 279 pp.
- RÍOS, Ignacio y SILVA, Rodrigo (2017), *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 304 pp.
- RODRÍGUEZ, Pablo (1999), *Responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 338 pp.
- SCHAUER, Frederick (2004), *Las reglas en juego*.



Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana, (Madrid, Marcial Pons) 311 pp.

-SANTOS, Ana (2015), *El juicio de probabilidad en la valoración del lucro cesante por daño físico*, en *Ars Boni Et Aequi*, Universidad Bernardo O'Higgins, año 11, N° 1, pp.11-30.

-TARUFFO, Michele:

- (2010), *Simplemente la verdad*, (Madrid, Marcial Pons), 299 pp.
- (2009), *Páginas sobre justicia civil* (Madrid, Marcial Pons) 599 pp.
- (2007), *Narrativas judiciales*, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XX, N° 1, Julio 2007, pp.231-270.
- (2002), *La prueba de los hechos*, (Madrid, Editorial Trotta) 542 pp.

-VICENTE, Elena (2015), *El lucro cesante*, (Madrid, Editorial Reus) 155 pp.

-YZQUIERDO, Mariano (2001), *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual* (Madrid, Editorial Dykinson) 548 pp.