

La necesidad de una aproximación de género a los daños en la responsabilidad civil extracontractual*

The Need for a Gender Approach to Harm in Tort Liability

María Paz Gatica Rodríguez^a
Universidad Austral de Chile, Chile
maria.gatica01@uach.cl

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4535-6268>

DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj70.nagd>

Recibido: 05 Octubre 2020

Aceptado: 19 Febrero 2021

Publicado: 29 Octubre 2021

Resumen:

El artículo reflexiona sobre la necesidad de adoptar una aproximación de género al derecho de la responsabilidad extracontractual, en particular al elemento del daño. A partir de una revisión de doctrina nacional y extranjera, así como a un estudio exploratorio de la jurisprudencia de los tribunales nacionales, el artículo concluye que el derecho chileno frecuentemente invisibiliza o infravalora ciertos daños que son sufridos exclusiva o mayoritariamente por mujeres, en particular, en el caso de daños vinculados a su salud y autonomía reproductiva, así como en el caso de daños vinculados a su trabajo. Ello ocurre de diversas maneras: ya sea desconociendo la existencia de un daño indemnizable, o adoptando una postura muy estricta frente a otros elementos de la responsabilidad, o bien indemnizando daños patrimoniales a través de la categoría genérica del daño moral. Ello justifica la necesidad de un estudio completo de la materia desde una perspectiva de género.

Palabras clave: responsabilidad civil, daños, feminismo, género.

Abstract:

The article reflects on the need for a gender approach to tort liability, particularly to the harm element. Based on a revision of national and foreign doctrine, as well as an exploratory study of national case law, the article concludes that the Chilean legal system frequently hides or undervalues certain harms that are suffered exclusively or mostly by women. This is the case for harms linked to women's reproductive health and autonomy, as well as harms related to their work. This happens in various ways: failing to acknowledge the existence of a recoverable harm, adopting a restrictive approach to other elements of liability, or granting damages for pecuniary harm through the generic category of emotional harm. These problems justify the need for a complete study of the subject from a gender perspective.

Keywords: civil liability, harm, feminism, gender.

Introducción: la aparente neutralidad del derecho de la responsabilidad extracontractual

El “mayo feminista”¹ remeció las conciencias de miles de personas en Chile. Nos interrogó sobre nuestros arraigados e inconscientes sesgos machistas; nos forzó a reflexionar sobre nuestras prácticas; contribuyó a evidenciar las discriminaciones de género explícitas e implícitas que inundan nuestra sociedad; en fin, nos obligó a revisar y repensar nuestras instituciones desde la perspectiva del género.

El derecho, ciertamente, no escapó a este escrutinio, pero ello no es nuevo. Décadas de trabajo de teóricas feministas del derecho alrededor del mundo han contribuido a dejar atrás esa postura ortodoxa en teoría jurídica de que el género es irrelevante para el derecho². Sin embargo, más nuevo resulta este enfoque en materias de derecho privado, área que se ha mostrado más resistente a este cambio de paradigma. En Chile, a propósito de los movimientos ocurridos en 2018, surge la primera iniciativa académica tendiente a mirar al derecho privado, especialmente al derecho privado patrimonial, desde una perspectiva de género³.

Notas de autor

^a Autora de correspondencia. Correo electrónico: maria.gatica01@uach.cl

La ausencia de una mirada de género es especialmente patente en materia de responsabilidad civil: a simple vista, el derecho contemporáneo de la responsabilidad extracontractual es neutral⁴. Así, es común la afirmación de que el estándar de diligencia debida es objetivo o abstracto⁵, y apenas se discute cómo ciertos daños pueden impactar de manera diversa a hombres y mujeres. Esta pretendida neutralidad se advierte incluso en el elemento más básico de la responsabilidad extracontractual: aun cuando las reglas chilenas sobre capacidad contractual⁶ distinguen (razonablemente o no) entre hombres y mujeres, la regla de capacidad en materia extracontractual⁷ prescinde de esa distinción. Sin embargo, esta aparente neutralidad esconde, en realidad, desigualdades en las “estructuras profundas” del derecho de la responsabilidad extracontractual⁸.

El trabajo de desenterrar esas desigualdades subyacentes ha sido en gran medida impulsado por académicas y académicos estadounidenses. Desde la década de 1980 comienza a desarrollarse un cuerpo de literatura que versa específicamente sobre cuestiones de género en el contexto de la responsabilidad extracontractual, perseverando hasta tiempos más recientes en su diagnóstico: aun cuando, en teoría, la responsabilidad proporciona reparación aparentemente neutral en términos de género, sus efectos no son necesariamente neutrales⁹.

En el contexto latinoamericano, la reflexión desde una perspectiva de género recién comienza a desarrollarse. Así, el presente trabajo pretende ser una contribución a esa reflexión, tomando como caso de estudio el ordenamiento jurídico chileno. Sin embargo, la reflexión puede extenderse o, a lo menos, servir de punto de partida para iniciar o continuar una similar evaluación en otros ordenamientos jurídicos. En particular, el trabajo se concentra en el elemento del daño.

En el derecho estadounidense se ha afirmado que los tipos de daños que sufren hombres y mujeres estadísticamente tienden a ser diversos. Así, por ejemplo, “[l]os daños de las mujeres se basan desproporcionadamente en lesiones reproductivas, explotación sexual, infravaloración del cuidado del hogar, cirugía cosmética, y daños producidos por productos domésticos defectuosos”¹⁰. Evidentemente, muchos de estos daños no son sufridos exclusivamente por mujeres, pero sí se presentan de manera desequilibrada en hombres y mujeres, por lo que los desarrollos que se produzcan, respecto de estas categorías, les impactarán de manera dispar.

La cuestión es especialmente relevante si atribuimos alguna función expresiva a la responsabilidad extracontractual¹¹: la indemnización de los perjuicios indica si los daños son valorados, y cómo, por el sistema jurídico¹². En consecuencia, negar la calidad jurídica de *daño* a una determinada experiencia, o bien infravalorar esa experiencia, se traduce en un desconocimiento de la relevancia de los intereses que se ven afectados.

Como se explicará, esto ocurre con frecuencia en el caso de ciertos daños que sufren exclusiva o mayoritariamente las mujeres. Un estudio exploratorio ha permitido advertir que esto ocurre de diversas maneras: derechamente descartando el reconocimiento de un daño indemnizable; adoptando una postura muy estricta frente a otros elementos de la responsabilidad, lo que se traduce en un rechazo de las demandas de indemnización de perjuicios; o bien indemnizando daños patrimoniales a través de la categoría genérica del daño moral, invisibilizando su verdadera naturaleza y entregando su indemnización a las dispares apreciaciones de los tribunales.

El presente trabajo se concentra en dos grupos de daños que exclusiva o mayoritariamente afectan a mujeres: los daños vinculados a su salud y autonomía reproductiva (II), y los daños vinculados a la pérdida o merma en la capacidad de realizar un trabajo (III). Se trata, como ya se advirtió, de un estudio exploratorio que destaca los tipos de problemas que justifican la necesidad de un estudio completo de la materia desde una perspectiva de género. Debe anotarse, sin embargo, que el déficit de reconocimiento no deriva, en todos los casos, de las mismas reglas de responsabilidad civil. Como se verá, el impacto disímil de la aplicación de las reglas de responsabilidad deriva en ocasiones de factores externos cuya corrección parece escapar a las posibilidades que el mismo derecho de la responsabilidad ofrece. En otras ocasiones, en cambio deriva de prácticas judiciales

que, si bien parecen neutras, producen resultados estadísticamente disímiles desde el punto de vista del género. En este último caso, la evaluación de esas prácticas judiciales ciertamente tiene el potencial de impactar tanto a hombres como mujeres, pero con especial intensidad a estas últimas.

Daños sufridos exclusivamente por mujeres: daños vinculados a su salud y autonomía reproductiva

La determinación de las clases de experiencias que se consideran *daño* para efectos de la responsabilidad es un ejercicio que inevitablemente se encuentra influido por dimensiones sociales. Esto determina a su vez que las experiencias de ciertos grupos que no se conforman con las comprensiones dominantes del daño queden excluidas de esta noción. Ello se traduce en que muchos daños que sufren las mujeres en tanto mujeres no son percibidos por el derecho de la responsabilidad como tales: más que un daño, se les ve como “parte de la vida” de las mujeres¹³. Como sostienen Chamallas y Wriggins, “las teóricas feministas han largamente reconocido que los daños típicamente asociados a las mujeres —para los que no existe un análogo masculino común— suelen ser los más difíciles de articular y valorar en el derecho”¹⁴. Ello se advierte particularmente en las lesiones vinculadas a la salud y autonomía reproductiva de la mujer. Como se verá, lo que parece subyacer a los casos que a continuación se expondrán es una comprensión de la lesión a estos intereses, en gran medida, como simples *experiencias* que las mujeres viven por el hecho de haber nacido mujeres.

Daños derivados del consumo de medicamentos o utilización de dispositivos vinculados al embarazo y la anticoncepción

En el derecho extranjero, especialmente en los ordenamientos europeos y estadounidense, existe una larga historia de daños masivos a mujeres provocados por productos o medicamentos vinculados a su salud y autonomía reproductiva. En efecto, se observa que los casos en que los hombres han sido dañados por medicamentos, lo han sido en realidad por medicamentos que pueden ser utilizados tanto por hombres como por mujeres, y no ha existido daños masivos por productos diseñados específicamente para mejorar el bienestar de los hombres, lo que no es coincidencia¹⁵.

Solo a modo de ejemplo, podemos recordar los casos de responsabilidad civil por los daños sufridos por las “hijas del DES”¹⁶, que concitaron la atención académica por generar problemas desde el punto de vista de la causalidad y de la medida de la indemnización¹⁷; o la tragedia de la talidomida¹⁸. Similares casos de daños masivos se advierten a propósito de la utilización de dispositivos intrauterinos, como en el comentado caso del *Dalkon shield*¹⁹, tampones de alta absorbencia y píldoras anticonceptivas²⁰.

Precisamente a propósito de las píldoras anticonceptivas, sus efectos secundarios se encuentran bien documentados y sin embargo ellos han sido tradicionalmente considerados como “la cruz que las mujeres deben cargar”, trivializando los serios riesgos que ellos generan para la salud de las mujeres²¹. En los últimos años, especialmente en Estados Unidos, Canadá y algunos países europeos, se ha observado volúmenes relevantes de litigación en contra de los laboratorios que elaboran estos medicamentos, como ocurrió recientemente con las píldoras anticonceptiva Yasmin y Yaz, del laboratorio Bayer²². Sin embargo, en Chile la litigación ha sido casi inexistente. Uno de los escasos casos detectados parece mostrar una postura exigente frente al requisito de causalidad: el juzgado civil desechó la demanda de indemnización de perjuicios por no considerarse acreditada la relación de causalidad entre el consumo del anticonceptivo Yasmin y la trombosis sufrida por la demandante²³. Con todo, la litigación a nivel mundial se ha enfocado únicamente en los efectos

secundarios más graves (muerte y lesiones severas), lo que prueba que los demás efectos secundarios —por cierto, los más comunes y masivos— simplemente no se consideran daño.

Daños derivados de la reproducción no deseada

El derecho chileno ha mostrado una muy lenta evolución en el reconocimiento de que los casos de *wrongful conception*²⁴ y de *wrongful birth*²⁵ vulneran directamente la autonomía reproductiva de la mujer y afectan su plan de vida²⁶.

Algunos ordenamientos jurídicos extranjeros ciertamente han experimentado un avance significativo en este reconocimiento a partir de los primeros casos de demandas de indemnización por *wrongful birth* acogidas en los Estados Unidos en la década de 1970²⁷, pero se trata de un reconocimiento disímil. Solo a modo de ejemplo, el derecho inglés considera indemnizable el daño no patrimonial que se deriva del embarazo y nacimiento de un hijo no deseado, sea por *wrongful conception* o *wrongful birth*, pero tiene problemas para otorgar indemnización por el daño patrimonial derivado del costo de mantener a ese hijo, a menos que concurren circunstancias especiales, como discapacidad de la madre o del hijo²⁸. Por el contrario, el derecho francés se ha negado a otorgar indemnizaciones frente al nacimiento de un hijo no deseado que ha nacido sano, sea por los daños no patrimoniales derivados del embarazo y nacimiento, sea por los daños patrimoniales derivados de la crianza²⁹. Es decir, solo se admite la indemnización en los casos de *wrongful birth*, por la carga adicional que supone criar a un hijo con discapacidad³⁰.

En el medio chileno, la cuestión ha comenzado a ser discutida solo recientemente; la doctrina es aún escasa³¹ y las visiones doctrinarias sobre la posibilidad de indemnizar daños vinculados al nacimiento de un hijo son disímiles. En un extremo encontramos opiniones que la consideran un “panorama escalofriante para cualquier persona que mantiene un mínimo respeto y consideración por la vida humana en general y por la del ser naciente en particular”³². En el otro, se ha sustentado que

la lesión del plan de vida (autodeterminación) puede ser el fundamento inmediato de las acciones de *wrongful conception* en Chile, pues este interés puede reconducirse a la vulneración de garantías fundamentales consistentemente reconocidas, como lo son la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad.³³

En cuanto a los casos de *wrongful birth* que serían posibles bajo la Ley n.º 21.030³⁴, se ha afirmado que

el hecho de tener o no un hijo especialmente en el caso de la tercera causal afecta claramente la autodeterminación de la mujer, ya que es ella a quien la ley le da el derecho a decidir si quiere o no tener ese hijo, ya que su vida será diametralmente diferente si el niño nace.³⁵

Por su parte, los también escasos fallos de tribunales chilenos que han otorgado indemnización, que datan solo de la última década y se refieren únicamente a *wrongful conception*, parecen concordar en que únicamente se indemniza los gastos del parto (de haberlos) y el daño no patrimonial sufrido como consecuencia de la negligencia del personal médico, aun cuando se trate del nacimiento de hijos con condiciones de salud que demanden gastos adicionales. En efecto, en este último caso se adopta nuevamente una postura estricta frente al elemento de la causalidad, en circunstancias tales como que en ocasiones el procedimiento de esterilización se realiza precisamente por el riesgo de embarazo de un hijo con esta clase de condiciones. La identificación del interés jurídico cuya afectación justifica la indemnización del daño no patrimonial, sin embargo, varía: en algunos casos se refiere simplemente a la afectación de la vida afectiva, emocional y familiar de la demandante³⁶, mientras que en otro caso se hace referencia específica a la merma en su capacidad de trabajo y a la vulneración del derecho a decidir sobre el propio cuerpo, abarcando ambos intereses en el daño moral³⁷.

En consecuencia, pareciera ser necesario articular con mayor claridad cuáles son los intereses que se ven afectados en cada uno de estos casos, de modo de poder otorgar un adecuado reconocimiento a la calidad de daño de las experiencias sufrida por las mujeres, como asimismo entregar orientaciones que sirvan para una evaluación adecuada de los daños sufridos, con especial atención a las implicancias que puede tener la Ley n.º 21.030.

Daños derivados de violencia obstétrica

Finalmente, uno de los daños que sufren exclusivamente las mujeres, vinculado a su salud y autonomía reproductiva, es el derivado de la violencia obstétrica, cuya visibilización en Chile es más bien reciente. La prevalencia del fenómeno es alarmante³⁸, y en el 2015 se presentó un proyecto de ley que tipifica penalmente esta figura específica³⁹. Sin embargo, todavía contamos con escasa literatura jurídica sobre la materia⁴⁰ y se advierte una ausencia total de esta en materia de responsabilidad extracontractual.

A diferencia de los casos anteriores, nuestros tribunales han tenido mayores oportunidades de pronunciarse sobre acciones de responsabilidad derivada de conductas de personal médico que bien pueden describirse como violencia obstétrica, aunque no se le denomine explícitamente de esa manera. De manera preliminar, es posible advertir al menos dos tendencias que merecen un estudio más acabado.

La primera es que pareciera que la indemnización por daño moral sufrido por la mujer se otorga únicamente cuando es posible identificar una negligencia o falta de servicio que se traduce en lesiones físicas para ella o su hijo, sin considerar el dolor innecesario o humillación alegados⁴¹. Ello sin perjuicio de que en muchos casos, pese a que los hechos se ajustan a la descripción de violencia obstétrica, las mujeres no reclaman indemnización del daño moral por este concepto, sino solo del daño moral derivado de las referidas lesiones corporales, lo que pareciera indicar un déficit de conciencia, por parte de las mujeres, de que han sido víctimas de una inadmisibles violencia de género al maltratárselas y practicárseles intervenciones no consentidas e incluso proscritas por la praxis médica⁴², y una profunda naturalización de estas conductas.

La segunda tendencia es que los tribunales no parecen ser particularmente exigentes al momento de dar por acreditado que las mujeres han consentido a ciertas intervenciones cuya realización se decide en el momento mismo del parto, sin tener en consideración la particular situación en que se encuentran las mujeres en dicho momento⁴³. Así entonces, se adopta una postura estricta ante la prueba de la negligencia o falta de servicio por parte del personal médico que alega haber obtenido el consentimiento de la mujer para la realización de las intervenciones.

En consecuencia, se hace necesario reevaluar la jurisprudencia relativa a daños causados por conductas que se pueden caracterizar como violencia obstétrica con el fin de promover una adecuada protección de la salud y autonomía reproductiva de las mujeres en el proceso de embarazo y parto.

Daños sufridos mayoritariamente por mujeres: daños vinculados a su trabajo (remunerado o no)

De la sección anterior se advierte cómo el daño moral se convierte en el principal mecanismo de reparación de las mujeres, no solo porque muchos de los daños sufridos específicamente por mujeres son no pecuniarios⁴⁴, sino porque incluso los pecuniarios son obviados o infravalorados⁴⁵. En efecto, la misma división tradicional entre daños pecuniarios y no pecuniarios parece resultar inadecuada para calificar ciertos daños sufridos por mujeres⁴⁶, por lo que se recurre al daño moral como categoría por defecto. Este fenómeno se advierte también, como se verá, en los daños que sufren las mujeres cuando pierden o ven mermada la capacidad de desarrollar un trabajo. Se trata, ciertamente, de problemas que no son de tipo conceptual, sino estadísticamente femeninos.

Pérdida de la capacidad de realizar un trabajo remunerado: brecha salarial e informalidad laboral

Un primer problema que se advierte, en relación con los daños vinculados al trabajo de la mujer, se refiere a la evaluación del lucro cesante por la pérdida de la capacidad de realizar un trabajo remunerado.

En el derecho chileno, el consenso actual en cuanto a la forma en que debe valorarse el lucro cesante es que debe calcularse en base a los ingresos que razonablemente puede esperarse que el demandante obtuviera conforme al curso normal de los acontecimientos⁴⁷. Y es así como se propone que, al realizar el cálculo, se tome como primer elemento el monto de los ingresos que percibía con anterioridad al accidente⁴⁸. Así, se sostiene que la pérdida de ingresos futuros debe realizarse “tan en concreto como pueda serlo (considerando las particulares calidades de la víctima) y tan estandarizada como sea necesario (asumiendo ciertos supuestos de razonable probabilidad)”⁴⁹. En este punto se conjugan dos factores que se traducen en un impacto diferenciado desde la perspectiva del género.

Por una parte, una evaluación de los daños vinculados a la pérdida de la capacidad de trabajo que toma como primer elemento las remuneraciones que la víctima percibía al momento del accidente supone hacer descansar esta valoración en el precio que el mercado atribuye a ese trabajo. Ciertamente, esta forma de valoración impacta de manera desequilibrada a hombres y mujeres simplemente porque el mercado valora menos el trabajo remunerado de las mujeres. Esto es especialmente cierto en Chile, en que la brecha salarial negativa a 2018 bordeaba el 27%⁵⁰.

Sin embargo, no parece razonable pretender atribuir a la reglas de la responsabilidad extracontractual la capacidad de corregir este particular desequilibrio. Aun si uno adopta una visión que atribuye ciertos fines de justicia distributiva a la responsabilidad extracontractual⁵¹, su capacidad distributiva es limitada y no parece servir un rol adecuado para resolver este problema específico. Si se pretendiera entregar a las reglas de responsabilidad el rol de corregir este desequilibrio que, como se advierte, es producido por la aplicación de reglas en principio neutras desde el punto de vista del género, ello supondría repensar completamente la forma en que se calculan las indemnizaciones. La cuestión merece una discusión separada que escapa al objeto del presente estudio.

Por otra parte, la posición estricta de los tribunales a la hora de evaluar la certeza del lucro cesante, especialmente el futuro, impacta también de manera diferenciada a hombres y mujeres si tenemos en cuenta que los índices chilenos de informalidad laboral muestran que la tasa de ocupación informal de las mujeres es mayor a la de los hombres⁵². Conceptualmente, parece existir consenso en que una exigencia de certeza absoluta del daño se traduce simplemente en que el lucro cesante no puede ser indemnizado y que, por tanto, el análisis debe concentrarse en el establecimiento de una probabilidad “sólida”⁵³ o “razonable”⁵⁴. Sin embargo, la jurisprudencia tradicionalmente ha impuesto una muy alta exigencia a la hora de evaluar este elemento⁵⁵, lo que evidentemente perjudica especialmente a quienes tienen una ocupación informal, pues probablemente no tendrán la capacidad de demostrar la estabilidad necesaria del ingreso y aquella sólida probabilidad de su proyección a futuro.

A diferencia de lo que ocurre con el impacto de la brecha salarial, el derecho podría tener mejores herramientas para enfrentar el impacto de la informalidad laboral en la responsabilidad extracontractual, ya sea por medio de una moderación de la exigencia de certeza del daño o, posiblemente, mediante la figura de la pérdida de la oportunidad, del modo de acercarnos a la reparación de lesiones que afectan a un porcentaje importante de la población, y especialmente —pero ciertamente no exclusivamente— a las mujeres. Se advierte así que reflexiones como estas, motivadas por preocupaciones de género, tienen el potencial de impactar positivamente a personas en situaciones vulnerables, independientemente de su género.

Pérdida o merma de la posibilidad de realizar un trabajo remunerado como consecuencia del incremento de la carga de trabajo no remunerado

Al margen de la infravaloración del trabajo femenino por parte del mercado y los problemas derivados de su informalidad, existen ciertos problemas de reconocimiento y valoración se derivan directamente de la aplicación de las mismas reglas de la responsabilidad extracontractual. El primero de ellos se advierte cuando lo que ocurre no es que la mujer pierda absolutamente la capacidad de realizar un trabajo remunerado, sino que pierde o ve mermada la posibilidad realizarlo como lo venía haciendo debido a un incremento en su carga de trabajo no remunerado en calidad de víctima por repercusión del accidente. Se trata del caso en que la mujer debe dejar de realizar labores remuneradas para hacerse cargo de un familiar que queda incapacitado de valerse por sí mismo.

En este tipo de casos, el derecho de la responsabilidad no aprecia adecuadamente esa pérdida, pese a tener un claro valor de mercado. En efecto, respecto de esta particular situación en nuestro medio se ha sostenido que en realidad se trata de un daño emergente que sufre la víctima inmediata, que pasa a requerir de cuidado constante, y no un lucro cesante de quien asume ese cuidado gratuita y voluntariamente⁵⁶. Siguiendo esta postura, el monto de la indemnización debería determinarse, tomando en consideración el valor de mercado de ese cuidado, es decir, “el costo ordinario de cuidado por un tercero”⁵⁷, y, por cierto, significa admitir que el único titular de la indemnización es la víctima inmediata del accidente. Así#, aun si la mujer que asume el cuidado pudiese tener acceso al dinero que supone la indemnización de la víctima directa para paliar su pérdida, el daño no se valoraría tomando en consideración los ingresos que recibía por la actividad laboral que dejó de realizar⁵⁸.

Debe reconocerse que en muchas oportunidades este daño pareciera no quedar completamente fuera de la cobertura de una indemnización que reconoce como víctima a quien asume el cuidado, pero esa indemnización se otorga a título de daño moral. En efecto, los tribunales chilenos han sido bastante liberales en el otorgamiento de indemnizaciones por daño moral por repercusión a familiares de víctimas de lesiones graves⁵⁹, pero en el caso bajo análisis, esa solución termina por asimilarse en la categoría de daño moral, un daño que es, en realidad, patrimonial, quedando su evaluación entregada, como se ha sostenido reiteradamente por la Corte Suprema⁶⁰, a la (problemática⁶¹) “prudencia” del juez de instancia.

Algo de ello se aprecia, por ejemplo, en un caso en que una mujer reclamó, además del daño moral, el lucro cesante por haber tenido que dejar de trabajar de manera remunerada para dedicarse única y exclusivamente al cuidado de su hijo menor de edad, quien resultó con graves daños cerebrales como consecuencia de la intoxicación por monóxido de carbono sufrida en el incendio del recinto penitenciario en que se encontraba recluido. Pese a que la demandante, de 45 años de edad, valoró su lucro cesante con base al ingreso mínimo mensual, el tribunal desechó su indemnización sosteniendo que el daño no se encontraba suficientemente acreditado —lo que derivaba, en gran medida, de la informalidad de su trabajo, reflejando el problema identificado en el apartado precedente— y su indeterminación hacía imposible la tarea de valorarlo. No obstante, al conceder la indemnización del daño moral, el tribunal hizo expresa referencia a la circunstancia de que la demandante debía regularmente hacerse cargo de su hijo y de sus necesidades, solo que destacando el efecto emocional que ello conllevaba⁶². Con todo, queda en este caso abierta la pregunta de si el tribunal, contando con suficientes elementos probatorios para darlo por acreditado, podría haber descartado la indemnización del lucro cesante sobre la base de la postura expuesta más arriba, esto es, que en realidad el daño reclamado correspondía a un daño emergente del hijo y no a un lucro cesante de la madre.

Aun en los casos en que la mujer acciona como víctima directa, la tendencia parece ser igualmente reductiva. Indicativo es el caso reseñado más arriba sobre esterilización fallida en que, en calidad de víctima directa y reclamando como daño la merma en su posibilidad de trabajar de manera remunerada por tener que

dedicarse al cuidado de hijos adicionales y con enfermedades que requieren mayores cuidados, nuevamente se indemnizó a la mujer únicamente a título de daño moral⁶³.

El problema que aquí se identifica es especialmente relevante si se tiene en consideración que estadísticamente en Chile son las mujeres quienes mayoritariamente asumen los cuidados de sus familiares menores de edad, discapacitados y adultos mayores⁶⁴, por lo que la postura que se adopte al respecto nuevamente impacta de manera diferenciada a hombres y mujeres. Por lo demás, la decisión de reducir o abandonar el ejercicio de un trabajo remunerado para dedicarse al cuidado es una decisión compleja cuya voluntariedad es tensionada por prácticas culturales y expectativas sociales. Ello debe tenerse en consideración al revisar posibles límites al daño por repercusión basados en la causalidad⁶⁵.

Pérdida de la capacidad de realizar un trabajo no remunerado

Como hemos indicado, la valoración de la pérdida de la capacidad de realizar un trabajo remunerado, conforme al mercado, impacta de manera desigual a hombres y mujeres. Pero, además, el mercado desconoce o tiene dificultades para avaluar las actividades productivas no remuneradas en que las mujeres se involucran en el ámbito privado⁶⁶, lo que redunda en similares dificultades para el derecho.

Como consecuencia, el trabajo del manejo del hogar y el cuidado de familiares, mayoritariamente recae en las mujeres, en cuanto trabajo, tiende a ser invisibilizado por la responsabilidad extracontractual. Si una mujer queda incapacitada de realizar estas labores, no recibirá una indemnización por daño pecuniario por el hecho de no poder realizarlas en el futuro, aunque sean muy significativas, porque no ha perdido remuneraciones. Ello deja al descubierto la fuerte influencia de los estereotipos sociales: el trabajo no remunerado en el hogar no es realmente trabajo⁶⁷.

Podría sustentarse que el derecho chileno ha experimentado un avance en cuanto al reconocimiento del trabajo doméstico al incorporar la institución de la compensación económica en casos de divorcio o nulidad del matrimonio y, posteriormente, en casos de terminación de un acuerdo de unión civil. Ciertamente, no se trata de una indemnización a título de responsabilidad civil⁶⁸, pero la afirmación es, además, engañosa: tal como se advierte de la redacción de las disposiciones que consagran la compensación económica⁶⁹, lo que ahí se valora no es lo que el cónyuge o conviviente civil hizo durante la vigencia del matrimonio o acuerdo, sino más bien lo que *no hizo*, es decir, trabajar de manera remunerada (el *verdadero* trabajo, al menos para el mercado).

Nuevamente, las estadísticas nacionales nos muestran la verdadera relevancia de este “no trabajo” para las mujeres: conforme a los últimos datos disponibles (2015), las mujeres dedican más del doble de tiempo que los hombres al trabajo no remunerado en un día tipo⁷⁰. Asimismo, un reciente estudio nacional sostiene que “las horas de trabajo doméstico y de cuidado no remunerado equivalen al 53% del tiempo total dedicado a las actividades productivas que realiza la población dentro de un año”⁷¹, y afirma que

[el] valor económico del trabajo doméstico y de cuidado no remunerado equivalía a un 22% del PIB Ampliado en 2015, según el método de costo de reemplazo especializado, lo que supera el aporte de cualquier rama de actividad de la economía del país.⁷²

La cuestión ha sido debatida de modo crítico en el contexto anglosajón, en que la pérdida de la capacidad para trabajar en el hogar ha sido considerada por los tribunales como un daño no pecuniario⁷³. En el mismo sentido, se ha promovido su consideración como daño patrimonial en el contexto europeo⁷⁴. Nuestro derecho, por su parte, no ha desarrollado una tesis respecto de su precisa naturaleza, pero si hemos de recurrir a las categorías tradicionales, posiblemente la descripción más cercana es aquella que se refiere a la “pérdida de

agrado” como categoría del daño moral⁷⁵. Pero ello parece volver precisamente sobre la idea de que hacerse cargo del hogar y la familia es simplemente (una buena) parte de la vida, un privilegio, y no trabajo.

Como se puede advertir, el problema tiene dos aristas. Por una parte, existe la dificultad en cuanto a la calificación de la pérdida, que tensiona las clasificaciones tradicionales del daño⁷⁶, las que parecen ajustarse más a las experiencias masculinas. Por otra parte, existe la dificultad de su cuantificación: en efecto, se ha dicho sin más en nuestro medio que estas actividades “no tienen un parámetro económico con el cual dimensionarlas”⁷⁷, o, en una versión más moderada, que deben valorarse de acuerdo con el costo de contratar a un tercero para que las realice⁷⁸. Ciertamente, la segunda arista depende en gran medida de lo que pueda resolverse en cuanto a la primera, si se atiende a la diversa forma en que se avalúan los daños patrimoniales frente a los no patrimoniales. La tendencia a considerar este daño como uno no patrimonial deja entregada su valuación a la ya mencionada prudencia del juez. Sin embargo, el trabajo doméstico ha experimentado en el mundo una progresiva incorporación a los sistemas de contabilidad nacional⁷⁹, y existen modelos de valoración de estos que pueden servir como insumo para la consideración del problema en los ordenamientos nacionales⁸⁰.

Conclusión

Como se puede advertir, se expuso una mirada crítica a la forma en la que el derecho chileno de la responsabilidad extracontractual se enfrenta a ciertos daños que son sufridos exclusiva o mayoritariamente por mujeres revela que estos daños tienden a ser invisibilizados o infravalorados. Ciertamente esta área del derecho tiene herramientas limitadas para combatir la desigualdad entre hombres y mujeres, pero al mismo tiempo tiene la capacidad de cumplir un rol significativo en el reconocimiento y valoración de intereses jurídicos de particular relevancia para las mujeres. Esto es especialmente cierto en lo relativo a su salud y autonomía reproductiva, así como en lo relativo a su trabajo. En consecuencia, se hace indispensable un estudio acabado de esta área del derecho que permita identificar con precisión los puntos problemáticos y, como consecuencia, proponer una relectura de las reglas que gobiernan la indemnización de los daños que reconozca y valore adecuadamente los daños que las mujeres sufren, sin relegarlos simplemente a “experiencias de la vida”. Sin duda, estas reflexiones, motivadas por preocupaciones de género, pueden aportar a un mejor reconocimiento de las experiencias de todas las personas, sin distinción de género, en especial frente a sociedades que redibujan constantemente los roles que por tradición se han atribuido a hombres y mujeres.

Bibliografía

- A. Macía Morillo, *La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life*, 27 Revista de Derecho, Universidad del Norte 3-37 (2007).
- A. Mondaca, C. Aedo & L. Coleman, *Panorama comparado del wrongful life, wrongful birth y wrongful conception. Su posible aplicación en el derecho chileno*, 21 Ius et Praxis 19-56 (2015).
- A. Pino, *No solo quieren dinero. La función expresiva de la responsabilidad extracontractual*, en R. Barría, A. Ferrante & L. San Martín, eds., *Presente y futuro de la responsabilidad civil* 159-176 (Thomson Reuters, 2017)
- Agurto con Avendaño*, Corte Suprema, 18 de agosto de 2020, Rol n.º 50645-2020.
- Albornoz con Urquieta*, 3º Juzgado Civil de Antofagasta, 18 de enero de 2014, RIT C-6305-2011.
- Aliaga con Bayer S.A.* 16º Juzgado Civil de Santiago, 5 de enero de 2017, RIT C-8988-2015.
- Asencio con Hospital de Quilpué*, Corte Suprema (casación fondo), 5 de marzo de 2020, Rol n.º 5544-2019.
- Ávila con Corporación Municipal de Desarrollo Social de Cerro Navia*, 17 de julio de 2020, Rol n.º 29089-2019.
- Bahamonde con Servicio de Salud Chiloé*, Corte Suprema (casación fondo), 29 de enero de 2016, Rol n.º 13544-2015.

- Barrera con Hospital de San Fernando*, Corte Suprema (casación fondo), 2 de octubre de 2017, Rol n.º 92777-2016.
- C. Céspedes & D. Vargas, *Acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica. La situación en Chile y en España*, 35 Revista Chilena de Derecho 439-462 (2008).
- C. Mejías, *Posibles límites al daño por repercusión o rebote*, en A. Vidal, G. Severín & C. Mejías, eds., *Estudios de derecho civil X* 882-887 (Thomson Reuters, 2015).
- C. Van Dam, *European tort law* (Oxford University Press, 2006).
- C. Witting, *Street on torts* (14. ed., Oxford University Press, 2015).
- Canipani con Fisco*, 5º Juzgado Civil de Valparaíso, 3 de agosto de 2011, RIT C-2925-2005, confirmada por Corte de Apelaciones de Valparaíso, 20 de abril de 2012, Rol n.º 1895-2011.
- Comunidad Mujer, *¿Cuánto aportamos al PIB? Primer estudio nacional de valoración económica del trabajo doméstico y de cuidado no remunerado en Chile* (Comunidad Mujer, Santiago, 2019).
- Currihual con Castillo*, Corte de Apelaciones de Antofagasta (casación forma y apelación), 2 de mayo de 2012, Rol n.º 373-2011.
- D. Peñailillo, *Sobre el lucro cesante*, 86 Revista de Derecho (Concepción) 7-35, 12 (2018).
- E. Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual* (2. ed., Ed. Jurídica de Chile, 2020).
- E. Lindenfeld, *The unintended pregnancy crisis: a no-fault fix*, 17 Marquette Benefits and Social Welfare Law Review 285-318 (2016).
- F. Elorriaga, *Novedades judiciales en torno al daño moral por repercusión*, en H. Corral & M. S. Rodríguez, *Estudios de derecho civil II* 297-322 (LexisNexis, 2007).
- H. Cárdenas & J. Sánchez, *Acciones de wrongful conception en Chile: una propuesta de fundamentación*, 24 Acta Bioethica 237-244 (2018).
- H. Cárdenas & J. Sánchez, *Indemnizaciones por anticoncepciones fallidas en Chile. ¿A qué título?*, en H. Corral & P. Manterola, eds., *Estudios de derecho civil XII* 577-592 (Thomson Reuters, Santiago, 2015).
- H. Corral, *Lecciones de responsabilidad extracontractual* (Ed. Jurídica de Chile, 2011).
- I. Giesen, *Of wrongful birth, wrongful life, comparative law and the politics of tort law systems*, 72 Tydskrif vir Heedendaagse Romeins-Hollandse Reg. 257-273 (2009).
- Instituto Nacional de Estadísticas, *Boletín Estadístico: Informalidad Laboral*, ed. n.º 11 (2020). <https://www.ine.cl/estadisticas/sociales/mercado-laboral/informalidad-y-condiciones-laborales> [consultado: 3 de octubre de 2020].
- Instituto Nacional de Estadísticas, *Infografía género e ingresos* (2020), <https://www.ine.cl/estadisticas/sociales/genero/indicadores-de-genero-generados-por-el-ine> [consultado: 3 de octubre de 2020].
- J. Barrientos, *La compensación económica como “derecho” de uno de los cónyuges y “obligación” correlativa del otro. De sus caracteres*, 9 Revista Chilena de Derecho Privado 9-44 (2007).
- J. Cassels, *(In)equality and the law of torts: gender, race and the assessment of damages*, 17 Advocates Quarterly 158-198 (1995).
- J. Conaghan, *Law and Gender* (Oxford University Press, 2013).
- J. Diez, *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina* (Ed. Jurídica de Chile, 1997).
- K. Oliphant, ed., *Loss of housekeeping capacity* (De Gruyter, 2012).
- L. A. Kornhauser & R. L. Revesz, *Sharing damages among multiple tortfeasors*, 98 Yale Law Journal 831-884 (1989).
- L. Díaz & Y. Fernández, *Situación legislativa de la violencia obstétrica en América Latina: el caso de Venezuela, Argentina, México y Chile*, 51 Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 123-143 (2018).
- L. Etcheberry, *La posibilidad de accionar por wrongful birth en Chile*, en C. Bahamondes, L. Etcheberry & C. Pizarro, eds., *Estudios de derecho civil XIII* 817-829 (Thomson Reuters, 2018).
- L. Finley, *A break in the silence: including women’s issues in a torts course*, 1 Yale Journal of Law and Feminism 41-73 (1989).
- L. Finley, *Female trouble: the implications of tort law reform for women*, 64 Tennessee Law Review 847-879 (1997).

- M. Chamallas, *Feminist legal theory and tort law*, en Ohio State Public Law Working Paper n.º 448 (Ohio State University, 2018). <http://ssrn.com/abstract=3198115> [consultado: 3 de julio de 2020].
- M. Chamallas, *The Architecture of Bias: Deep Structures in Tort Law*, 146 *University of Pennsylvania Law Review* 463-531 (1998).
- M. Chamallas & J. B. Wriggins, *The measure of injury. Race, gender, and tort law* (New York University Press, 2010).
- M. Martín-Casals, *El resarcimiento del trabajo doméstico en el nuevo sistema valorativo legal*, en Ponencias XV Valladolid (noviembre 2015) sobre Responsabilidad Civil y Derecho de Circulación 205-259 (Sepín, 2015).
- N. Gálvez, *Violencia obstétrica: género y derecho*, en Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales (Universidad de Chile, 2018).
- N. Priaulx, *Endgame: On Negligence and Reparation for Harm*, en J. Richardson & E. Rackley, eds., *Feminist Perspectives on Tort Law* 36-54 (Routledge, 2012).
- Observatorio de Violencia Obstétrica, *Resultados primera encuesta sobre el nacimiento en Chile* (Observatorio de Violencia Obstétrica, 2018). <https://ovochile.cl/descarga-resultados-primer-encuesta-sobre-el-nacimiento-en-chile/> [consultado: 3 de octubre de 2020].
- Olivares con Servicio de Salud O'Higgins*, Corte de Apelaciones de Rancagua (apelación), 6 de marzo de 2017, Rol n.º 333-2016.
- P. Cane, *Distributive justice and tort law*, 2001 *New Zealand Law Review* 401-420 (2001).
- P. Del Olmo, *El trabajo doméstico en el derecho europeo de daños*, 4 *InDret: Revista para el Análisis del Derecho* (2013).
- P. Rodríguez, *Responsabilidad extracontractual* (2.ª ed., Ed. Jurídica de Chile, 2010).
- R. Domínguez, *El principio en relación con el lucro cesante: tensiones*, en C. Domínguez, ed., *El principio de reparación integral en sus contornos actuales. Una revisión desde el derecho chileno, latinoamericano y europeo* (Thomson Reuters, 2019).
- R. Graycar, *Compensation for loss of capacity to work in the home*, 10 *Sydney Law Review* 528-567 (1985).
- R. Graycar & J. Morgan, *The hidden gender of law* (2.ª ed., Federation Press, 2002).
- R. Munita, *Concepción, nacimiento y vida: su cuestionable mérito indemnizatorio (una lectura panorámica relativa a las wrongful actions)*, 36 *Actualidad Jurídica* 97-140 (2017).
- Reyes con Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio*, Corte Suprema (casación fondo), 27 de agosto de 2019, Rol n.º 19284-2018.
- T. H. Koenig & M. E. Rustad, *In Defense of Tort Law* (New York University Press, 2003).
- T. Keren-Paz, *Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva* (trad. Griselda Perrota) (Marcial Pons, 2016).
- Tordoya con Hospital Santiago Oriente Dr. Luis Tisné Brousse*, Corte Suprema (casación fondo), 12 de julio de 2018, Rol n.º 11761-2017.
- Vergara con Consejo de Defensa del Estado*, Corte Suprema, 8 de septiembre de 2020, Rol n.º 30481-2020.
- Vilca con Servicio de Salud de Arica*, 1º Juzgado Civil de Arica, 22 de marzo de 2017, RIT C-2174-2015.
- Villanueva con Fisco*, Corte Suprema (casación fondo), 29 de mayo de 2017, Rol n.º 97664-2016.

Notas

- * Artículo de reflexión.
- 1 Movimiento iniciado en mayo de 2018 en campus universitarios chilenos a propósito de denuncias de abusos cometidos en contra de estudiantes y profesoras mujeres y que se tradujo en la toma de los edificios de diversos planteles educacionales y otras manifestaciones a lo largo del país, buscando visibilizar y reclamando la erradicación de la discriminación y violencia contra la mujer.
- 2 J. Conaghan, *Law and Gender* 73-74 (Oxford University Press, 2013).
- 3 Se trata de la obra colectiva, H. Cárdenas & N. Morales, eds., *Feminismo, género y derecho privado* (Tirant Lo Blanch, 2021).

- 4 M. Chamallas, *Feminist Legal Theory and Tort Law 2* (Ohio State University, Ohio State Public Law Working Paper n.º 448, 2018), <http://ssrn.com/abstract=3198115> [consultado: 3 de octubre de 2020].
- 5 E.g. A. Alessandri, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* 173-174 (Imprenta Universitaria, 1943); E. Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual* 89-90 (2.a ed., Ed. Jurídica de Chile, 2020).
- 6 Código Civil [Cód. Civ.]. Arts. 26 y 1447. Las mujeres alcanzan la capacidad relativa a los 12 años mientras que los hombres, a los 14 años (Chile).
- 7 Código Civil [Cód. Civ.]. Art. 2319. Son incapaces las personas menores de 7 años, y las personas entre 7 y 16 años que, conforme a la prudencia del juez, se determine que han actuado sin discernimiento (Chile).
- 8 La expresión es tomada de M. Chamallas, *The Architecture of Bias: Deep Structures in Tort Law*, 146 *University of Pennsylvania Law Review* 463-531, 466 (1998).
- 9 Véase, por ejemplo, T. H. Koenig & M. E. Rustad, *In Defense of Tort Law* 103 (New York University Press, 2003); N. Priaulx, *Endgame: On Negligence and Reparation for Harm* 36-54, en J. Richardson & E. Rackley, eds., *Feminist Perspectives on Tort Law* 36-54 (Routledge, 2012).
- 10 T. H. Koenig & M. E. Rustad, *In Defense of Tort Law* 104 (trad. libre) (New York University Press, 2003). En similar sentido, L. Finley, *Female trouble: the implications of tort law reform for women*, 64 *Tennessee Law Review* 847-879, 855 (1997).
- 11 Sobre esta función, véase A. Pino, *No solo quieren dinero. La función expresiva de la responsabilidad extracontractual*, en R. Barría, A. Ferrante & L. San Martín, eds., *Presente y futuro de la responsabilidad civil* 159-176 (Thomson Reuters, 2017).
- 12 M. Chamallas & J. B. Wriggins, *The measure of injury. Race, gender, and tort law* 156 (New York University Press, 2010).
- 13 N. Priaulx, *Endgame: On Negligence and Reparation for Harm* 40, en J. Richardson & E. Rackley, eds., *Feminist Perspectives on Tort Law* 36-54 (Routledge, 2012).
- 14 M. Chamallas & J. B. Wriggins, *The measure of injury. Race, gender, and tort law* 174 (trad. libre) (New York University Press, 2010).
- 15 R. Graycar & J. Morgan, *The hidden gender of law* 334-335 (2.a ed., Federation Press, 2002).
- 16 Mujeres que estuvieron expuestas durante su gestación al llamado “DES” (dietilestilbestrol) consumido por sus madres, medicamento destinado a disminuir el riesgo de aborto que se identificó como causante de cáncer cervicouterino y problemas de fecundidad y embarazo de las primeras.
- 17 Véase, por ejemplo, L. A. Kornhauser & R. L. Revesz, *Sharing damages among multiple tortfeasors*, 98 *Yale Law Journal* 831-884 (1989).
- 18 Medicamento comercializado en la década de 1960 destinado a aliviar las náuseas en el embarazo y que fue el causante de las severas malformaciones congénitas sufridas por sus hijos e hijas nacidas de dichos embarazos.
- 19 Dispositivo comercializado a partir de la década de 1970, que imponía severos riesgos a sus usuarias, incluyendo infecciones, pérdida de los órganos reproductivos, infertilidad, abortos sépticos, e incluso llegó a causar la muerte de algunas mujeres.
- 20 T. H. Koenig & M. E. Rustad, *In Defense of Tort Law* 110-111 (New York University Press, 2003).
- 21 L. Finley, *Female trouble: the implications of tort law reform for women*, 64 *Tennessee Law Review* 847-879, 872 (1997).
- 22 Véase E. Lindenfeld, *The unintended pregnancy crisis: a no-fault fix*, 17 *Marquette Benefits and Social Welfare Law Review* 285-318, 300 y ss. (2016).
- 23 Aliaga con Bayer S.A. 16º Juzgado Civil de Santiago, 5 de enero de 2017, RIT C-8988-2015.
- 24 Daño causado por el “nacimiento no deseado a consecuencia de una esterilización frustrada o de una prevención errada”. E. Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual* 385 (2.a ed., Ed. Jurídica de Chile, 2020).
- 25 Daño causado por “el nacimiento de un niño afectado por enfermedades o malformaciones de las que no fueron informados los progenitores antes de la concepción o durante el embarazo”, por lo que no se recibe la información necesaria para decidir o no la interrupción voluntaria del embarazo. A. Macía Morillo, *La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life*, 27 *Revista de Derecho, Universidad del Norte* 3-37, 4-5 (2007).
- 26 I. Giesen, *Of wrongful birth, wrongful life, comparative law and the politics of tort law systems*, 72 *Tydskrif vir Heedendaagse Romeins-Hollandse Reg.* 257-273, 268 (2009).
- 27 Véase la evolución de los primeros casos de *wrongful birth* en Estados Unidos en M. Chamallas & J. B. Wriggins, *The measure of injury. Race, gender, and tort law* 128-138 (New York University Press, 2010).
- 28 C. Witting, *Street on torts* 78-80 (14.a ed., Oxford University Press, 2015).
- 29 C. Van Dam, *European tort law* 159 (Oxford University Press, 2006).
- 30 I. Giesen, *Of wrongful birth, wrongful life, comparative law and the politics of tort law systems*, 72 *Tydskrif vir Heedendaagse Romeins-Hollandse Reg.* 257-273, 262 (2009).
- 31 H. Corral, *Lecciones de responsabilidad extracontractual* 160-163 (Ed. Jurídica de Chile, 2011); A. Mondaca, C. Aedo & L. Coleman, *Panorama comparado del wrongful life, wrongful birth y wrongful conception. Su posible aplicación en el derecho chileno*, 21 *Ius et Praxis* 19-56 (2015), H. Cárdenas & J. Sánchez, *Indemnizaciones por anticoncepciones fallidas en Chile. ¿A qué título?*, en H. Corral & P. Manterola, eds., *Estudios de derecho civil XII* 577-592 (Thomson Reuters, 2015);

- L. Etcheberry, *La posibilidad de accionar por wrongful birth en Chile*, en C. Bahamondes, L. Etcheberry & C. Pizarro., eds., Estudios de derecho civil XIII 817-829 (Thomson Reuters, 2018); R. Munita, *Concepción, nacimiento y vida: su cuestionable mérito indemnizatorio (una lectura panorámica relativa a las wrongful actions)*, 36 Actualidad Jurídica 97-140 (2017); H. Cárdenas & J. Sánchez, *Acciones de wrongful conception en Chile: una propuesta de fundamentación*, 24 Acta Bioethica 237-244 (2018); y E. Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual* 381-389 (2.a ed., Ed. Jurídica de Chile, 2020).
- 32 H. Corral, *Lecciones de responsabilidad extracontractual* 161 (Ed. Jurídica de Chile, 2011).
- 33 H. Cárdenas & J. Sánchez, *Acciones de wrongful conception en Chile: una propuesta de fundamentación*, 24 Acta Bioethica 237-244, 241 (2018).
- 34 La Ley n.º 21.030 de 2017 regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales.
- 35 L. Etcheberry, *La posibilidad de accionar por wrongful birth en Chile* 817-829, en C. Bahamondes, L. Etcheberry & C. Pizarro., Eds., Estudios de derecho civil XIII 862 (Thomson Reuters, 2018), refiriéndose a la causal de violación.
- 36 Currihual con Castillo, Corte de Apelaciones de Antofagasta (casación forma y apelación), 2 de mayo de 2012, Rol n.º 373-2011, considerando 19º; *Barrera con Hospital de San Fernando*, Corte Suprema (casación fondo), 2 de octubre de 2017, Rol n.º 92777-2016, considerando 6º de la sentencia de segunda instancia.
- 37 *Bahamonde con Servicio de Salud Chiloé*, Corte Suprema (casación fondo), 29 de enero de 2016, Rol n.º 13544-2015, considerandos 4º y 6º de la sentencia de la Corte Suprema, y considerando 37º de la sentencia de primera instancia, respectivamente.
- 38 Observatorio de Violencia Obstétrica, *Resultados primera encuesta sobre el nacimiento en Chile* 45 ss., (Observatorio de Violencia Obstétrica, 2018), <https://ovochile.cl/descarga-resultados-primera-encuesta-sobre-el-nacimiento-en-chile/> [consultado: 3 de octubre de 2020].
- 39 Boletín n.º 9902-11. Establece los derechos de la mujer embarazada en relación con su atención antes, durante y después del parto, y modifica el Código Penal para sancionar la violencia obstétrica.
- 40 Como dan cuenta L. Díaz & Y. Fernández, *Situación legislativa de la violencia obstétrica en América Latina: el caso de Venezuela, Argentina, México y Chile*, 51 Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 123-143, 124 (2018); y N. Gálvez, *Violencia obstétrica: género y derecho* 149 (Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, 2018).
- 41 Véase, por ejemplo, *Olivares con Servicio de Salud O'Higgins*, Corte de Apelaciones de Rancagua (apelación), 6 de marzo de 2017, Rol n.º 333-2016; *Tordoya con Hospital Santiago Oriente Dr. Luis Tisné Brousse*, Corte Suprema (casación fondo), 12 de julio de 2018, Rol n.º 11761-2017; y *Reyes con Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio*, Corte Suprema (casación fondo), 27 de agosto de 2019, Rol n.º 19284-2018.
- 42 Se trata, por ejemplo, de los casos en que se ha realizado la maniobra de Kristeller, como en *Villanueva con Fisco*, Corte Suprema (casación fondo), 29 de mayo de 2017, Rol n.º 97664-2016; y *Asencio con Hospital de Quilpué*, Corte Suprema (casación fondo), 5 de marzo de 2020, Rol n.º 5544-2019.
- 43 Véase por ejemplo *Albornoz con Urquieta*, 3º Juzgado Civil de Antofagasta, 18 de enero de 2014, RIT C-6305-2011; y *Vilca con Servicio de Salud de Arica*, 1º Juzgado Civil de Arica, 22 de marzo de 2017, RIT C-2174-2015.
- 44 T. H. Koenig & M. E. Rustad, *In Defense of Tort Law* 113 (New York University Press, 2003).
- 45 L. Finley, *Female trouble: the implications of tort law reform for women*, 64 Tennessee Law Review 847-879, 855 (1997).
- 46 M. Chamallas & J. B. Wriggins, *The measure of injury. Race, gender, and tort law* 174 (New York University Press, 2010).
- 47 E. Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual* 274 (2.a ed., Ed. Jurídica de Chile, 2020); en sentido similar, P. Rodríguez, *Responsabilidad extracontractual* 291 (2.a ed. Ed. Jurídica de Chile, 2010).
- 48 J. Diez, *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina* 184 (Ed. Jurídica de Chile, 1997); en sentido similar, R. Domínguez, *El principio en relación con el lucro cesante: tensiones* 175, en C. Domínguez, ed., *El principio de reparación integral en sus contornos actuales. Una revisión desde el derecho chileno, latinoamericano y europeo* 159-177 (Thomson Reuters, 2019).
- 49 E. Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual* 289 (2.a ed., Ed. Jurídica de Chile, 2020).
- 50 Instituto Nacional de Estadísticas, *Infografía género e ingresos* (2020), <https://www.ine.cl/estadisticas/sociales/genero/indicadores-de-genero-generados-por-el-ine> [consultado: 3 de octubre de 2020].
- 51 Como, por ejemplo, los argumentos de P. Cane, *Distributive justice and tort law*, 2001 New Zealand Law Review 401-420 (2001); y T. Keren-Paz, *Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva* (trad. Griselda Perrota) (Marcial Pons, 2016).
- 52 Instituto Nacional de Estadísticas, *Boletín Estadístico: Informalidad Laboral*, ed. n.º 11 (2020), <https://www.ine.cl/estadisticas/sociales/mercado-laboral/informalidad-y-condiciones-laborales> [consultado: 3 de octubre de 2020].
- 53 D. Peñailillo, *Sobre el lucro cesante*, 86 Revista de Derecho (Concepción) 7-35, 12 (2018).
- 54 E. Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual* 247 (2.a ed., Ed. Jurídica de Chile, 2020).
- 55 Id.
- 56 Id., pág., 364.
- 57 Id., pág. 289.

- 58 L. Finley, *A break in the silence: including women's issues in a torts course*, 1 Yale Journal of Law and Feminism 41-73, 54 (1989).
- 59 Véase, por ejemplo, F. Elorriaga, *Novedades judiciales en torno al daño moral por repercusión*, en H. Corral & M. S. Rodríguez, *Estudios de derecho civil II* 297-322, 308-311 (LexisNexis, 2007).
- 60 Solo por indicar algunos fallos recientes en que ello se ha reiterado, ello se ha señalado en *Vergara con Consejo de Defensa del Estado*, Corte Suprema, 8 de septiembre de 2020, Rol n.º 30481-2020, considerando 3º; *Agurto con Avendaño*, Corte Suprema, 18 de agosto de 2020, Rol n.º 50645-2020, considerando 8º; y *Ávila con Corporación Municipal de Desarrollo Social de Cerro Navia*, 17 de julio de 2020, Rol n.º 29089-2019, considerando 10º.
- 61 J. Diez, *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina* 256-258 (Ed. Jurídica de Chile, 1997); E. Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual* 326-332 (2.a ed., Ed. Jurídica de Chile, 2020).
- 62 Canipani con Fisco, 5º Juzgado Civil de Valparaíso, 3 de agosto de 2011, RIT C-2925-2005, considerandos 22º y 23º, confirmada por Corte de Apelaciones de Valparaíso, 20 de abril de 2012, Rol n.º 1895-2011.
- 63 Bahamonde con Servicio de Salud Chiloé, Corte Suprema (casación fondo), 29 de enero de 2016, Rol n.º 13544-2015. Algo similar se advierte en *Tordoya con Hospital Santiago Oriente Dr. Luis Tisné Brousse*, Corte Suprema (casación fondo), 12 de julio de 2018, Rol n.º 11761-2017, especialmente en el considerando 26º de la sentencia de reemplazo.
- 64 Instituto Nacional de Estadísticas, *Encuesta nacional sobre el uso del tiempo. Documento de principales resultados ENUT 2015*, 27 (2016), https://www.ine.cl/docs/default-source/uso-del-tiempo-tiempo-libre/publicaciones-y-anuarios/publicaciones/documento_resultados_enut.pdf?sfvrsn=cf66dad0_7 [consultado: 3 de octubre de 2020]. Conforme a este documento, en un día las mujeres dedican un promedio de 3,03 horas, mientras los hombres dedican un promedio de 1,64 horas.
- 65 Como por ejemplo los planteados por C. Mejías, *Posibles límites al daño por repercusión o rebote*, en A. Vidal, G. Severín & C. Mejías, Eds., *Estudios de derecho civil X* 882-887 (Thomson Reuters, Santiago, 2015).
- 66 L. Finley, *Female trouble: the implications of tort law reform for women*, 64 Tennessee Law Review 847-879, 861 (1997).
- 67 L. Finley, *A break in the silence: including women's issues in a torts course*, 1 Yale Journal of Law and Feminism 41-73, 52 (1989).
- 68 Véase, por ejemplo, J. Barrientos, *La compensación económica como "derecho" de uno de los cónyuges y "obligación" correlativa del otro. De sus caracteres*, 9 Revista Chilena de Derecho Privado 9-44, 39-40 (2007) y C. Céspedes & D. Vargas, *Acercas de la naturaleza jurídica de la compensación económica. La situación en Chile y en España*, 35 Revista Chilena de Derecho 439-462, 448-450 (2008).
- 69 Se otorga la compensación económica al cónyuge o conviviente que, por dedicarse al cuidado de la familia o del hogar común, "no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa [...], o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería", conforme a los artículos 61 de la Ley n.º 19.947 de 2004, sobre matrimonio civil y 27 de la Ley n.º 20.830 de 2015, sobre acuerdo de unión civil.
- 70 Instituto Nacional de Estadísticas, *Encuesta nacional sobre el uso del tiempo. Documento de principales resultados ENUT 2015* 21 (2016), https://www.ine.cl/docs/default-source/uso-del-tiempo-tiempo-libre/publicaciones-y-anuarios/publicaciones/documento_resultados_enut.pdf?sfvrsn=cf66dad0_7 [consultado: 3 de octubre de 2020].
- 71 Comunidad Mujer, *¿Cuánto aportamos al PIB? Primer estudio nacional de valoración económica del trabajo doméstico y de cuidado no remunerado en Chile* 60 (Comunidad Mujer, Santiago, 2019).
- 72 Id., pág. 63.
- 73 Véase L. Finley, *A break in the silence: including women's issues in a torts course*, 1 Yale Journal of Law and Feminism 41-73, 53 (1989) sobre el derecho estadounidense; R. Graycar & J. Morgan, *The hidden gender of law* 126 (2.a ed., Federation Press, 2002) sobre el derecho australiano; y J. Cassels, *In)equality and the law of torts: gender, race and the assessment of damages*, 17 Advocates Quarterly 158-198, 167 (1995) sobre el derecho canadiense.
- 74 Como dan cuenta P. Del Olmo, *El trabajo doméstico en el derecho europeo de daños*, 4 InDret: Revista para el Análisis del Derecho (2013); M. Martín-Casals, *El resarcimiento del trabajo doméstico en el nuevo sistema valorativo legal*, en Ponencias XV Valladolid (noviembre 2015) sobre Responsabilidad Civil y Derecho de Circulación 205-259 (Sepín, 2015); y los aportes nacionales en K. Oliphant, ed., *Loss of housekeeping capacity*, (De Gruyter, 2012).
- 75 E. Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual* 303-304, 326 (2.a ed., Ed. Jurídica de Chile, 2020).
- 76 R. Graycar, *Compensation for loss of capacity to work in the home*, 10 Sydney Law Review 528-567, 539 (1985).
- 77 R. Domínguez, *Los límites al principio de reparación integral*, en C. Domínguez, Ed., *El principio de reparación integral en sus contornos actuales. Una revisión desde el derecho chileno, latinoamericano y europeo* 181-199, 183 (Thomson Reuters, 2019).
- 78 E. Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual* 326-292 (2.a ed., Ed. Jurídica de Chile, 2020).
- 79 M. Martín-Casals, *El resarcimiento del trabajo doméstico en el nuevo sistema valorativo legal*, en Ponencias XV Valladolid (noviembre 2015) sobre responsabilidad civil y derecho de circulación 205-259, 225 (Sepín, 2015).
- 80 Véase P. Del Olmo, *El trabajo doméstico en el derecho europeo de daños*, 4 InDret: Revista para el Análisis del Derecho (2013).

Licencia Creative Commons CC BY 4.0

Cómo citar este artículo: María Paz Gatica Rodríguez, *La necesidad de una aproximación de género a los daños en la responsabilidad civil extracontractual*, 70 Universitas (2021), <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj70.nagd>