



EL ESTÁNDAR DE LA CULPA CIVIL DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO



PONENCIAS

.....

Presentadas para la Sesión del Instituto de Derecho Civil II-III del 25 de mayo de 2021, con la participación y apoyo del Área de Derecho Privado, en el marco de la Resolución N° 54 del 12/2/2020 del Consejo de Facultad de Derecho.

EL ESTÁNDAR DE LA CULPA CIVIL DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO



Índice

EL ESTÁNDAR DE LA PERSONA RAZONABLE / Mariana Barúa	7
1. El estándar del buen padre de familia	7
2. Cambios en la forma de ver a la mujer en el Uruguay	7
3. Estándar de la “persona razonable” en Francia	8
4. Estándar de razonabilidad en el mundo	9
5. Propuesta para la inclusión del estándar en el Derecho Uruguayo	9
6. Condiciones que debe cumplir dicho estándar para verse cumplido	11
7. Propuesta de redacción del artículo 1344 del Código Civil Uruguayo	12
8. Conclusión	13
LA EXPRESIÓN BUEN PADRE DE FAMILIA DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO / Gerardo Caffera	15
1. Introducción	15
2. La dualidad de la mirada interna y externa	16
2.1. Las dimensiones discriminativas de la expresión <i>buen padre de familia</i> en la mirada externa	16
2.2. La mirada interna (dogmática) sobre la expresión <i>buen padre de familia</i>	17
3. ¿Debemos cambiar la expresión buen padre de familia?	18
3.1. Beneficios y riesgos	18
3.2. ¿Cuál debería ser la nueva forma de expresar el estándar de la culpa civil?	19
4. Conclusiones	20
EL ESTÁNDAR DE LA CULPA CIVIL Y LA PERSPECTIVA DE GÉNERO / Laura Sasías	21
1. Síntesis sobre “Perspectiva de género”	21
2. Síntesis sobre estándar “ <i>Buen padre de familia</i> ”	24
3. Breve ensayo sobre el tema de la sesión	27
4. Conclusiones	29

EL ESTÁNDAR DE LA PERSONA RAZONABLE

1. El estándar del buen padre de familia

Desde los tiempos del Derecho Romano, rige la locución latina “Nemo auditur propriam turpitudinem allegans”, cuya traducción literal es “no se escucha a nadie (en juicio) que alega su propia torpeza”. Dicha regla refleja un principio básico del Derecho: para que una persona pueda ser protegida por el Derecho, la misma debe haber actuado de una manera diligente. Ahora bien, para determinar si la persona cuestionada actuó con diligencia, se debe comparar su comportamiento con la forma en que se habría comportado una persona con ciertas características. En nuestro ordenamiento, el estándar que se utiliza es el del “buen padre de familia”.

En efecto, el artículo 1344 del Código Civil, en sede de responsabilidad civil contractual, establece que: “Se entiende por culpa la falta del debido cuidado o diligencia. Puede ser grave o leve. Sea que el negocio interese a una sola de las partes, ya tenga por objeto la utilidad común de ellas, sujeta al obligado a toda la diligencia de un buen padre de familia, esto es, a prestar la culpa leve.

Por otro lado, en sede de responsabilidad civil extracontractual, el artículo 1324 del Código Civil dispone: “Hay obligación de reparar no sólo el daño que se causa por hecho propio, sino también el causado por el hecho de las personas que uno tiene bajo su dependencia o por las cosas de que uno se sirve o están a su cuidado. (...) La responsabilidad de que se trata en los casos de este artículo cesará cuando las personas en ellos mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

Respecto del estándar en cuestión, el mismo surgió por primera vez en el Derecho Romano. Para la aplicación de dicho estándar, los jueces debían analizar la conducta del demandado, comparando la misma con la conducta que tendría un hombre medio, sensato y prudente. Y se entendía que el paradigma de la persona con estas cualidades, era el buen padre de familia. Ello dado que el *pater familias*, en el Derecho Romano, era el ciudadano libre, que ejercía la autoridad en una familia, y era quien debía tomar las decisiones, mientras que la mujer se encontraba en situación de inferioridad jurídica frente al hombre.

2. Cambios en la forma de ver a la mujer en el Uruguay

Afortunadamente, desde los tiempos del Imperio Romano, hasta nuestros días, muchas cosas cambiaron, y entre ellas, la prevalencia del hombre en la sociedad.

Prueba de este cambio en lo que refiere a Uruguay, fue el dictado de la ley 10.783, la cual fue aprobada en 1948, bajo la presidencia de Juan José Amezáiga, y consagró la igualdad de derechos civiles entre el hombre y la mujer, y como efecto de la misma fueron derogados los artículos de diversas leyes, entre ellas diversas normas del Código Civil. Por ejemplo, en virtud de lo dispuesto por dicha ley se derogó el art. 131 del CC que le impedía

a la mujer contratar y comparecer en juicio sin licencia de su marido, el art. 133 que le impedía disponer de sus bienes por testamento sin licencia de su marido y el art. 134 que le prohibía adquirir bienes, sin la venia del mismo.

Otra ley más reciente, que buscó también promover la igualdad entre los hombres y las mujeres, fue la ley 18.104 del año 2007, la cual declaró de interés general las actividades orientadas a la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres en la República Oriental del Uruguay.

Un último ejemplo de esta tendencia es la ley 19.580 del año 2017, con la cual se buscó garantizar el efectivo goce del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia basada en género.

3. Estándar de la “persona razonable” en Francia

Estos cambios en la forma de ver a la mujer no sólo se dieron en Uruguay, sino también en muchos otros países del mundo. Uno de ellos fue Francia, país en el cual fruto de este cambio de visión, se comenzó a cuestionar el referido estándar del “buen padre de familia”.

Como enseña la profesora española Gema Tomás, los proponentes de dicha enmienda en el Código Civil Francés, alegaron como fundamentos para el cambio de denominación de dicho estándar, los siguientes (i) que dicho estándar era un estándar patriarcal y machista, y que además (ii) resultaba un modelo de conducta poco comprensible en los tiempos modernos¹. Por estos motivos, propusieron cambiar ese estándar por el estándar de la “persona razonable”.

Ahora bien, podría parecer que utilizar el estándar de “persona razonable” refiere a un término neutral, pero ello no es así. Al introducir el concepto de razonabilidad al derecho Francés, se incorporó al mismo el estándar de conducta del *common law*, la *reasonableness*.

Lo curioso de la adopción de dicho estándar, es que el mismo, en un principio se llamó el estándar del “hombre razonable” (*reasonable man*), es decir, era un estándar machista también. Por esta razón, en los años noventa se cambió el mismo por el estándar de la “reasonable person”. No obstante, dicho cambio también trajo consigo reclamos del sector feminista, que entendió que el estándar debía abolirse completamente. Ello, dado que su interpretación en un caso concreto, podía dar lugar a discriminación, si el juez del caso era *male-biased* (tenía una preferencia hacia el sexo masculino). En efecto, de acuerdo con las feministas, un juez machista tiende a pensar que las mujeres deben tener un parámetro más alto de conducta. Deben ser más cuidadosas y medidas que los hombres. Por esta razón, una actitud violenta por parte de una mujer sería juzgada con mayor rigurosidad que la misma actitud realizada por parte de un hombre². La canadiense Mayo Moran resume esta crítica en la frase «rethinking the person, not the reason».³

Junto con estas críticas, otros grupos minoritarios, también entendieron que el estándar de la persona razonable tampoco era idóneo, pero por otra razón. De acuerdo con esta posición, el estándar prevenía a los jueces de realizar una apreciación subjetiva de la persona juzgada. Dicha apreciación subjetiva es llamada en el *common law*, la «personal equation» (características personales del implicado)⁴. De esta manera, entendían

1 Tomás Martínez, Gema, “La sustitución del “buen padre de familia” por el estándar de la “persona razonable”: Reforma en Francia y valoración de su alcance”, Revista de Derecho Civil, <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> ISSN 2341-2216, vol. II, núm. 1 (enero-marzo, 2015), pag. 62.

2 Tomás Martínez, Gema, “La sustitución del “buen padre de familia” por el estándar de la “persona razonable”, ob. Cit., pag. 79-80

3 Moran, Mayo, “Rethinking the Reasonable Person: An Egalitarian Reconstruction of the Objective Standard”, Oxford University Press, Oxford, 2003, pag. 274-316, citado por Tomás Martínez, Gema, “La sustitución del “buen padre de familia” por el estándar de la “persona razonable”, ob. Cit., pag. 78

4 Tomás Martínez, Gema, “La sustitución del “buen padre de familia” por el estándar de la “persona razonable”, ob. Cit., pag. 80

injusto comparar la conducta de una persona de raza negra o de un transgénero, colocado en una situación comprometida, con el estándar de la "persona razonable", que podría ser identificado con el comportamiento de un hombre blanco.

Respecto a estas acusaciones de discriminación, diversos estudios, entre otros el de Richard Mullender, y el de Jeremy de Horder, aportaron moderna jurisprudencia que reveló la ausencia de una aplicación estereotipada del estándar de la razonabilidad^{5,6}.

4. Estándar de razonabilidad en el mundo

Sin perjuicio de las críticas realizadas al mismo, este estándar ha sido acogido tanto a nivel internacional, como en distintos ordenamientos jurídicos. En efecto, en el plano internacional, ha sido adoptado por Convenciones (como la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías -CISG) y Directivas de la Comunidad Europea, y en el marco de los esfuerzos de unificación, por los principios de UNIDROIT y Proyectos del Código Europeo. También ha sido utilizado en los PECL (Principios Europeos de Derecho Contractual). Respecto de los derechos nacionales, el principio de razonabilidad se encuentra recogido en el Código Civil Holandés de 1992, el de Québec y el de Suecia. Incluso Chile, en el año 2018 presentó un proyecto de ley que imitaba la iniciativa francesa⁷.

Como ya fuera mencionado, los Principios de Derecho contractual europeo, aplican el estándar de la razonabilidad, y en ellos se realiza una definición de lo razonable: "1:302: Definición de lo razonable: Para los presentes principios, lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera".

5. Propuesta para la inclusión del estándar en el Derecho Uruguayo

Ahora bien, dado que el estándar del buen padre de familia cada vez queda más rezagado y el estándar de la persona razonable está siendo adoptado por cada vez más Estados e instrumentos internacionales, cabría plantearse si Uruguay también debería adoptar dicho estándar.

A fin de poder analizar esta propuesta, se debe primero tener en cuenta que, de acuerdo con calificada doctrina, la razonabilidad es un principio o criterio de valoración que rige actualmente en el Derecho Uruguayo. En efecto, el profesor Juan Blengio, afirma que en el Derecho Uruguayo existe un principio fundamental de

5 Mullender, Richard, «The Reasonable Person. The Pursuit of Justice, and Negligence Law», *The Modern Law Review*, vol. 68 (2005), n° 4, pp. 681-695, en una recensión crítica a la obra de Mayo Moran (Oxford 2003) citado por Tomás Martínez, Gema, "La sustitución del "buen padre de familia" por el estándar de la "persona razonable", ob. Cit., pag. 80.

6 de Horder, Jeremy, «Can the Law Do Without the Reasonable person?», *University of Toronto Law Journal*, (2005), n° 55, pp. 253-269, citado por Tomás Martínez, Gema, "La sustitución del "buen padre de familia" por el estándar de la "persona razonable", ob. Cit., pag. 80.

7 Blengio, Juan E., "El Principio de Razonabilidad", *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, Año 7, Tomo 7 (julio 2019), Editorial FCU, Montevideo, pag. 36 y 37

razonabilidad⁸, el cual se funda en el art. 72 de la Constitución, el cual establece que “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

También cabe tener presente que, como ya fuera mencionado, la Convención de Viena sobre Venta Internacional de Mercaderías, que refiere repetidas veces a este principio, se encuentra ratificada por Uruguay, y fue incorporada a su Derecho positivo.

Por otro lado, diversas normas del Derecho Uruguayo refieren a la razonabilidad. A vía de ejemplo, ciertos artículos del Código Civil hacen referencia ya sea a un costo razonable (art. 1807) o a un plazo razonable (art. 969, art. 2059, art. 2093, art. 2227). El Código General del Proceso también refiere a un “proceso de duración razonable”, y el Código Penal en el art. 26 refiere a una “razonable proximidad”.

Por otro lado, la Jurisprudencia en múltiples ocasiones refiere al principio de razonabilidad. En efecto, en la sentencia N° 62/2021 de fecha 22 de abril del 2021, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º Turno, refiere a la “razonable relación de inmediatez” que debe existir entre el evento dañoso y el daño que se le atribuye. Asimismo, en dicha sentencia se afirma a que el monto fijado por daño emergente futuro en la sentencia de primera instancia resulta razonable.

Asimismo, y en concordancia con esto, consideramos que los jueces, al aplicar el estándar de la diligencia del buen padre de familia, no analizan el comportamiento de un hombre de edad media, de clase media, y con una familia constituida (básicamente el hombre del Clapham omnibus del *Common Law*), sino que analizan, básicamente, la conducta de una persona razonable. Por lo que el cambio de estándar, tan sólo sería denominar de manera adecuada, al estándar que en la actualidad se aplica. De cierta manera, dicho cambio implicaría un reconocimiento de una realidad subyacente.

Un ejemplo de la aplicación de este principio al estándar del buen padre de familia es la sentencia 28/2021, de fecha 3 de marzo de 2021, en la cual el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6º Turno entendió que el demandante no había actuado como un buen padre de familia, ya que “no parece sensato ni razonable mirar el campo “de afuera” ni creer, sin otro control ni recaudo, en la palabra de quien le arrendó ahí”.

Otro ejemplo de la aplicación del estándar de la persona razonable, es el de la sentencia N° 174/2020 de fecha 27/10/2020, en el que el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º Turno afirma que: “Es claro que la razonabilidad de la actuación conlleva a ponderar en cada supuesto en particular el alcance y la naturaleza del deber cuya inobservancia se imputa, los instrumentos con los que se contaba para su ejecución (entre ellos los recursos materiales y humanos disponibles) como también los llamados estándares de rendimiento medio y el grado de previsibilidad del daño. Así, una inacción estatal podría ser considerada arbitraria y comprometer la responsabilidad cuando en atención a las circunstancias del caso era razonablemente esperable la actuación estatal en virtud del grado de previsibilidad o regularidad con que podía producirse el suceso dañoso, lo cual es mensurable conforme a la capacidad razonable de prever el curso natural y ordinario de las cosas”.

Por lo antes expuesto, consideramos conveniente la adopción del estándar de la persona razonable.

8 Blengio, Juan E., ob. Cit., pag. 38

6. Condiciones que debe cumplir dicho estándar para verse cumplido

Si llegara a adoptarse el estándar de razonabilidad, entendemos conveniente que se analice en qué consiste el mismo, y que se determinen las condiciones que debe cumplir dicho estándar, para verse cumplido.

Un ejemplo de un análisis que se realizó en estos términos, con respecto a un estándar, es el del *Business Judgment Rule*. En este caso, el Profesor Melvin Eisenberg entendió que dicho estándar consistiría en cuatro condiciones esenciales, que de ser satisfechas por el director, no admitirán que la decisión adoptada sea revisada. Dichas condiciones son:

- (i) El director debe haber tomado una decisión (si el director no toma una decisión determinada cuando debió haberlo hecho, no será protegido por la BJR).
- (ii) El director debe haberse informado de un modo suficiente antes de tomar la decisión.
- (iii) La decisión debe haber sido tomada de buena fe.
- (iv) El director al tomar la decisión, no puede tener ningún interés en el objeto de la decisión⁹.

Entendemos que un buen punto de partida para determinar las condiciones que deben ser evaluadas, a los efectos de establecer el cumplimiento del estándar de la persona razonable, pueden ser tomadas de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, la cual como fuera anteriormente señalado, por Ley N° 16.879 pasó a ser Derecho positivo en nuestro país.

El artículo 8 de dicha Convención señala lo siguiente: “1) A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención. 2) Si el párrafo precedente no fuera aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable, de la misma condición que la otra parte. 3) Para determinar la intención de una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y comportamiento ulterior de las partes”.

De lo establecido por dicho artículo, quisiéramos destacar especialmente que de acuerdo con la referida norma, el análisis de la persona razonable debe referir a una que esté en la misma situación, y que sea de la misma condición.

Con ello, entendemos que se resuelven las críticas presentadas por los grupos que representaban a las minorías en Francia, como fuera comentado anteriormente. Ello, dado que al hablar de personas de la misma condición, entendemos que se estaría incluyendo como criterio a analizar, la “personal equation” (características personales de la persona bajo análisis).

Ahora bien, dicha “ecuación personal” debe ser analizada de manera tal que en principio exista cierta predictibilidad. Por esta razón, como enseña Lee Barry Lindahl, comentando al Juez Cardozo, la responsabilidad deberá depender del acto mismo y no del estado mental o incluso de la intención del que realiza el acto. En cuanto a la postura que propone observar las particularidades especiales del sujeto, dicha observación sólo

⁹ Eisenberg, Melvin Aron, “Corporations and other Business Organizations”, Foundation Press, New York, 2005, pag. 540, citado por Héctor Ferreira en el artículo “Estándares de conducta y de revisión de la actuación de los directores: La regla del buen juicio empresarial”, publicada en la Revista de Derecho Comercial, Editorial FCU, Montevideo, 2011, pag. 124

deberá realizarse cuando se trata de sujetos con particularidades especiales, que deban ser tenidas en consideración¹⁰, y nunca de manera discriminatoria. Venturini y Tabakian ofrecen como ejemplos de casos que presentan particularidades especiales, aquellos en que se examina la conducta de los niños, las personas de avanzada edad y las personas con capacidades especiales¹¹.

Asimismo, la inclusión de “la misma situación” también la consideramos adecuada, ya que las personas razonables no actúan de la misma manera bajo las distintas situaciones que pueden presentarse (por ejemplo, se espera una conducta diferente de una persona razonable en condiciones favorables que en condiciones desfavorables, así como también se espera una conducta distinta cuando dicha persona es la parte fuerte de un contrato que cuando es la parte débil).

Finalmente, encontramos positivo también que dicho artículo establezca que, para determinar la intención de una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y comportamiento ulterior de las partes (en el artículo 1344 del Código Civil tan sólo se incluye la naturaleza del contrato y las circunstancias del caso).

7. Propuesta de redacción del artículo 1344 del Código Civil Uruguayo

En virtud de lo antes expuesto, propondríamos la siguiente redacción del art. 1344 del Código Civil Uruguayo:

Art. 1344: “Se entiende por culpa la falta del debido cuidado o diligencia. Sea que el negocio interese a una sola de las partes, ya tenga por objeto la utilidad común de ellas, sujeta al obligado a toda la diligencia de una persona razonable de su misma condición, y en su misma situación.

Esa obligación, aunque regulándose por un solo principio, es más o menos extensa según la naturaleza del contrato, el conjunto de circunstancias del caso, los pactos que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y costumbres y el comportamiento ulterior de las partes”.

Como puede apreciarse, en nuestra propuesta de redacción del artículo 1344 fue eliminada toda alusión a la culpa leve y a la culpa grave. Ello, dado que actualmente existe consenso tanto en doctrina como a nivel jurisprudencial, en cuanto a que la culpa civil actualmente se identifica con la imprudencia o negligencia que un buen padre de familia no habría cometido, la cual constituye la culpa leve. Y, por lo tanto, el concepto de culpa en la responsabilidad civil en Uruguay es unitario o monista¹².

Por esta razón, recoger nuevamente las figuras de la culpa leve y la culpa grave en el art. 1344 del Código Civil, resultaría inútil e innecesario.

10 Lee, Barry Lindahl, en *Modern Tort Law: Liability and Litigation*, Database Updated June 2007, Chapter 3, Negligence: Duty; Standard of Care, citado por Beatriz Venturini y Marcela Tabakian, “De la Culpa a la Responsabilidad Objetiva: El Estándar y el Principio de Razonabilidad”, publicado en el *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XXXVIII, pag. 825.

11 Beatriz Venturini y Marcela Tabakian, “De la Culpa a la Responsabilidad Objetiva: El Estándar y el Principio de Razonabilidad”, ob. Cit., pag. 825.

12 Gamarra, Jorge, “Tratado de Derecho Civil Uruguayo”, Tomo XIX, Vol. 1, Editorial FCU, Segunda edición, Montevideo, pag. 128-129

8. Conclusión

En conclusión, entendemos recomendable el cambio de denominación del estándar que actualmente se aplica en nuestro derecho, denominado el estándar del buen padre de familia. En lugar de dicha denominación, coincidimos en que dicho estándar debería pasar a denominarse el estándar de la persona razonable, dado que, como ya fuera mencionado, es el estándar que viene siendo adoptado por legislaciones de otros países, así como por instrumentos internacionales.

Entendemos que la adopción de este nuevo estándar no debería generar mayores cambios en nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que dicho estándar actualmente ya se encuentra regulado por nuestro ordenamiento jurídico, y es el que en la práctica efectivamente es aplicado por la Jurisprudencia.

Finalmente, consideramos recomendable la modificación del artículo 1344 del Código Civil, a fin de incluir en el mismo las elementos que deben ser tenidas en cuenta al momento de analizar el estándar de la persona razonable, así como también entendemos conveniente eliminar de dicho artículo la referencia a la culpa leve y a la culpa grave.

LA EXPRESIÓN *BUEN PADRE DE FAMILIA* DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

1. Introducción

Los usos lingüísticos y el léxico, empleados tanto en la ley como en otros planos, no tiene la capacidad de dañar inmediatamente que tienen otros actos de discriminación. Sin embargo, su rol en la construcción de desigualdades erosiona silenciosamente las aspiraciones de igualdad en lo cotidiano y en el largo plazo.

En efecto, como se ha señalado, “entre los dispositivos simbólicos más importantes para moldear las desigualdades sociales se encuentran los procesos de clasificación, categorización y creación de límites entre las categorías”.¹³ Dentro de estos dispositivos, “una estrategia fundamental [para] las construcciones de la desigualdad es la clasificación de personas en categorías o grupos ordenados de manera jerárquica”.¹⁴

Entre esos dispositivos simbólicos que reproducen (o reproducían, como se quiera) las desigualdades sociales implícitas de género y otras, se encuentra el *standard* de la culpa en el derecho civil y el comercial. La figura del buen padre de familia (p.ej. Art. 1344 CC) usualmente no es pensada ni sentida como discriminatoria por la dogmática privatista. Ello, con razón, pues su significado ha mutado notoriamente con el tiempo. Sin embargo, en una *mirada externa*, la de la ciudadanía, la expresión *buen padre de familia* posee varias dimensiones simbólicas discriminatorias.

Me ocuparé del tema dentro del área del derecho civil, por estar allí, muy probablemente, la raíz histórica de esta expresión que deriva del *bonus paterfamilias* romano. Los problemas a analizar serán, en primer lugar, cómo debe reaccionarse ante la dualidad entre, por un lado, la mirada externa de la ciudadanía de las expresión buen padre de familia y, por otro lado, la de los sectores de la dogmática que no perciben necesidad de cambio, por conocer su significado técnico. Esta es la primer pregunta ¿debe atenderse a la visión *interna* de parte de la dogmática o a la mirada *externa* de la ciudadanía para determinar si hay o no un símbolo discriminatorio? A ello se dedica la sección 2 de este trabajo.

En segundo lugar, cabe preguntarse si corresponde o no sustituir la expresión en juego. En caso de respuesta afirmativa, debemos discutir de qué forma se debe procesar ese cambio. ¿Generará modificaciones en la práctica jurídica o se trata sólo de un cambio en el signo que no afectará el significado? Por otra parte, si se quisiera preservar el estado actual de la práctica jurídica, al mismo tiempo que se cambia el símbolo, la elección del nuevo concepto debe realizarse cuidadosamente para que un mero cambio en los dispositivos simbólicos no impacte disruptivamente en una práctica legal asentada y que, en principio, aparentemente no está necesitada de cambios en lo estrictamente *técnico*. Estos puntos son analizados en sección 3 de este trabajo.

¹³ Luis Reygadas, ‘La construcción simbólica de las desigualdades’ en Elizabeth Jelin et al (eds) *Repensar las Desigualdades* (Siglo Veintiuno Editores Argentinas 2020) p. 202.

¹⁴ *Ibidem*

Veremos el tema en ese orden y postularemos la conveniencia de sustituir dicha expresión por la referente a la *diligencia de una persona media* (descartando entre otras la alternativa “persona razonable”) tomando como base la construcción dogmática y jurisprudencial histórica y actual en nuestro derecho, del significado técnico de la expresión *buen padre de familia*. La sección 4 presentará resumidamente las conclusiones.

2. La dualidad de la mirada interna y externa

2.1. Las dimensiones discriminativas de la expresión buen padre de familia en la mirada externa

Recientemente, un periodista llamaba la atención sobre un proyecto de ley que disponía que el sujeto controlado mediante tobillera electrónica, por amenaza de violencia de género, debía cuidar de la tobillera como un “buen padre de familia”. Con toda razón, señalaba que “fuera de contexto parecería un chiste. Pero sería de mal gusto...”.¹⁵

El punto es acertado: “fuera de contexto”. Es que vista desde fuera del conocimiento experto del jurista, la expresión de marras aparece atravesada por varios mensajes de supraordinación jerárquica discriminatoria. En efecto, la expresión sirve para identificar en el derecho civil “el debido cuidado o diligencia” (Art. 1344 CCU). Por tanto, constituye un modelo positivo. Para saber cómo se debe actuar debe pensarse en lo que haría un buen padre de familia. Desde la perspectiva externa (la del ciudadano que no forma parte del mundo de la dogmática jurídica), la expresión es discriminatoria en el menos de tres o cuatro niveles.

El primero y más obvio sentido de jerarquización discriminatoria es que, tomada a valor nominal, la expresión prefiere a los padres sobre las madres. Es decir, a los hombres sobre las mujeres y en ese sentido es discriminatorio desde una perspectiva de género. Este es el dato más obvio y en su torno se han concentrado las voces para condenarlo. Así, por ejemplo, en sus considerandos el proyecto de ley K. Luck en Chile indica que: “razones de igualdad, *neutralidad de género* y de mayor comprensibilidad han explicado en legislaciones comparadas, la sustitución del concepto”.¹⁶ El aspecto que interesa desde la perspectiva externa, tal como se indica en la fundamentación de ese proyecto, es que “la ley crea realidades”.¹⁷ Igualmente, en el derecho civil francés, la ley que derogó la expresión buen padre de familia fue dirigida a consagrar «*l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*». ¹⁸ El más reciente Código Civil y Comercial argentino, en su Artículo 1724, define la culpa, *sin* referencia al estándar del buen padre de familia, como “la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar”.

En segundo lugar, hay más jerarquizaciones discriminatorias presupuestas en la expresión a estudio. El hombre es preferido sobre la mujer, pero también *quien tiene hijos* es preferido sobre quien no los tiene. Esa denotación es clara, pero tiene, a su vez, dos connotaciones ulteriores. Primero, dicho *grosso modo*, se prefiere a los *casados* sobre los *solteros* (el adjetivo “de familia”, hace ese trabajo). Segundo, esto, a su vez, puede connotar la preferencia del *adulto* (quien “ha formado familia”) sobre el *joven*. Es cierto que la familia es la base de nuestra sociedad como indica nuestra Constitución, pero eso no justifica que sólo se tome como modelo de conducta a los padres de familia. La familia es la base de nuestra sociedad pero quienes forman familia, en tanto iguales, no son mejores ni peores que quienes no lo hacen.

¹⁵ Nigel Manchini “‘Como un buen padre de familia’: proyecto de ley de urgente consideración” La Diaria 29 de enero de 2020.

¹⁶ Proyecto de ley presentado a la Cámara de Diputados de Chile el 9 de octubre de 2018 por la Dip. Karin Luck Urban, en Boletín 12143-34 de dicha Cámara. Destacado nuestro.

¹⁷ La típica función *performativa* del lenguaje.

¹⁸ Ley 2014-873 de 4 de agosto de 2014.

En tercer lugar, hay un último resabio extraño. Los padres de familia tomados como modelo son los “buenos”. Esto presupone un criterio moral por el cual separarlos de los malos. El problema es que no hay buenas o malas personas, sino personas que actúan bien o mal. Además, esto es lo clave, en una sociedad pluralista en el plano moral, es peligroso comenzar a trazar este tipo de fronteras que parecen más propias de otras épocas con menores niveles de tolerancia de la diversidad de visiones del mundo.

Todo esto es lo que choca desde el punto de vista del lego. La expresión evoca con facilidad un hombre en su madurez, “jefe de familia”, a la cabeza de su mujer e hijos. El jurista sabe que ese valor nominal ha sido modificado por el tiempo, la doctrina y los jueces. Sin embargo, el lego *no* lo sabe y, en el mejor de los casos, la frase le parece propia de un lenguaje hermético. Las leyes se hacen para la ciudadanía no para el cuantitativamente minúsculo grupo de los juristas

Lo realmente preocupante es que para quien lee desde fuera y con candor, se trata, como decíamos más arriba, de algo que opera, simbólicamente, en favor de “las construcciones de la desigualdad” pues se trata de “la clasificación de personas en categorías o grupos ordenados de manera jerárquica”.¹⁹

2.2. La mirada interna (dogmática) sobre la expresión buen padre de familia

La cuestión es distinta para el dogmático o el profesional que participa de la mirada interna del derecho como experto. Tanto es así que la primera reacción de muchos juristas, incluso quienes están en línea con la necesidad de una perspectiva de género, es de cierta sorpresa cuando se pone en el tapete la cuestión del buen padre de familia. Aunque no han faltado quienes advirtieran la carga semántica discriminatoria implícita, como dan cuenta los trabajos de Mangarelli²⁰ y Venturini-Tabakian²¹, en general las implicaciones del tema han pasado por debajo del radar de la doctrina.

Es lógico. Hace mucho tiempo que “buen padre de familia” dejó de significar, al menos en el plano formal, lo que indicábamos más atrás. En cambio, se ha transformado en sinónimo de persona media. Esta significación predomina ampliamente en nuestra doctrina. Como señalaba Peirano Facio, hace ya 70 años, “la jurisprudencia nacional entiende que en general la culpa resulta... de la comparación que debe establecerse entre la conducta del agente y la conducta normal y regular que observaría un *hombre medio*”.²² Del mismo modo, Gamarra identifica al buen padre de familia con “un prototipo” cuyo significado es “hombre medio” o “normal”, “prudente”, “precavido” etc.²³ Del mismo modo, la Suprema Corte de Justicia²⁴ y en general nuestra jurisprudencia admiten esa lectura de la expresión de marras.

Claro que esas referencias aún hablan de “hombre” medio. La referencia al *hombre*, no a la persona en general, persiste, pero parece tratarse del uso tradicional de la palabra *hombre* como sinónimo de *ser humano* o *persona*. Ello implica una segunda capa de presuposiciones discriminatorias. El estándar propuesto por la doctrina está más en el adjetivo “medio” que en el sustantivo “hombre”. Hay una asimilación, a desterrar también, de la expresión *ser humano*, por *hombre*. Ciertamente, hay un trasfondo cargado por una perspectiva sexista, pero ella opera de forma inconsciente como una sinécdoque²⁵ generalizada en el lenguaje *natural* y no propia ni exclusiva del lenguaje *técnico* del derecho. En definitiva, eliminada esta segunda capa de discriminación, la idea de nuestra doctrina actual es que cae en culpa civil quien actúa sin la diligencia de una *persona media*.

19 Ibídem

20 Cristina Mangarelli, ‘El concepto del buen padre de familia en el derecho del trabajo’ en Revista de Derecho Laboral No. 204 (2001) p. 720-1

21 Beatriz Venturini y Marcela Tabakian, ‘De la culpa y la responsabilidad objetiva etc’ en ADCU XXXVIII p. 819.

22 Jorge Peirano Facio, *Responsabilidad Extracontractual* (La Ley 2015- 1ª ed.1954) p. 443. Peirano no compartía esa interpretación (ibídem p. 462) sino que la describía como un hecho consolidado en la doctrina judicial.

23 Jorge Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*: Tomo XIX (FCU 2ª ed. 2000) p. 121

24 Por ejemplo: Sentencias 1403/2019 del 2 de diciembre de 2019, y 43/2016 del 7 de marzo de 2016 de la Suprema Corte de Justicia

25 Sinécdoque que en este caso se verifica mediante sustitución de la especie por el género.

3. ¿Debemos cambiar la expresión “buen padre de familia”?

3.1. Beneficios y riesgos

Del análisis precedente creo que surge una dualidad que hay que gestionar con cuidado. Por un lado, desde la perspectiva del ciudadano la expresión buen padre de familia, como base de un modelo de conducta, merece ser derogada. Es, quizás, la última presencia explícita del milenario *pater familias* en nuestra ley.

En el modelo patriarcal original de la familia romana, el *pater familias* aparece en el centro en la “concepción del hogar como un espacio cerrado e inaccesible, gobernado por un ‘rey’ privado con autoridad ilimitada”.²⁶ El *pater* es la quintaesencia del modelo de familia y de sociedad patriarcal, aunque con el tiempo se fuera limitando su autoridad ilimitada original. A nivel simbólico, sin embargo, la supervivencia de esta referencia como modelo de conducta es de los más extraordinarios remanentes de esta figura que da nombre a la *sociedad patriarcal* y cuyo rechazo es prácticamente universal en la civilización occidental actual.

Por supuesto, la visión patriarcal de la sociedad puede estar detrás de muchas otras normas, pero nunca *tan frontalmente* como aquí, aunque para la dogmática civilista solo esté presente en el texto. Sin embargo, no por eso deja de construir un imaginario para la ciudadanía (que es a quien se dirigen las leyes) en que el modelo de conducta remite al patriarca por excelencia, dejando fuera a la mujer (madre), a quienes no han tenido hijos, y a los jóvenes (hijos e hijas).

Esta derogación, cuya necesidad parece clara a mi juicio, está destinada a la construcción en el plano *del lenguaje* (de los símbolos) de una sociedad igualitaria. Como se ha dicho, “las dimensiones culturales de la desigualdad al mostrar que las asimetrías entre hombres y mujeres han estado asociadas con construcciones simbólicas sobre lo que significa ser varón y ser mujer”.²⁷ Y por tanto, un intento igualador requiere, “narrativas niveladores e igualitarias, ya sea de carácter religioso, político, social o filosófico”.²⁸

Aunque ya nadie piense en discriminar a la mujer en base a ese texto, nuestras ideas deben concordar con nuestro lenguaje. Hay cambios más y menos necesarios o urgentes en ese plano, pero éste parece uno necesario por lo obvio de su presuposición, como signo, de una sociedad patriarcal en su versión más antigua. La derogación es en sí misma el beneficio.

El riesgo que puede alegarse es que este cambio genere un descalabro en la interpretación y aplicación del concepto de culpa. Esto es, que ocasione una pérdida de predictibilidad y certeza. Alguno podría preguntarse si ampliar el espectro de género de la definición implicará un cambio en el estándar. Por ejemplo, podría argumentarse, por parte de algunos o algunas teóricos o teóricas feministas, que este cambio supone la entrada en escena de una dimensión ética nueva. Bajo la piel del nuevo estándar neutral podría estar la ética del cuidado.²⁹ Esto, a su vez, podría suponer que la diligencia debida incluye un mayor grado de intensidad en el cuidado del otro, que el ideal ético masculino.³⁰ A mi juicio, este tipo de riesgos no existen si se maneja el tema con cuidado. Justamente, la cuestión está en el otro extremo del problema: *la elección de la expresión sustituta*. Veamos ese último punto.

26 Alvaro Garcé, ‘El jus puniendi en el hogar romano: la humanización de las relaciones familiares’ en Revista de la Facultad de Derecho N° 36, Montevideo, Enero-Junio 2014, p. 68.

27 Reygadas op.cit. p. 206.

28 Ibídem p. 203

29 El texto fundacional para esta perspectiva es Carol Gilligan, *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development* (Harvard University Press 1982).

30 Kathryn Norlock, “Feminist Ethics” en The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2019 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/feminism-ethics/>>. La perspectiva femenina podría ser construida como una “that valued intimacy, responsibility, relationships, and caring for others, while seeing autonomy as “the illusory and dangerous quest” ..., in tension with the values of attachment”.

3.2. ¿Cuál debería ser la nueva forma de expresar el estándar de la culpa civil?

El riesgo recién visto se neutraliza, a mi juicio, si tomamos la carga de sentido que prácticamente en forma unánime sostienen doctrina y jueces (persona media). Lo único a evitar es introducir expresiones sin *pedigree* dogmático asentado entre nosotros. De esa forma, si bien cambiaría el signifiante, el significado permanecería. Es decir, se conjugaría la necesidad que, lógicamente, se siente desde la perspectiva externa de eliminar esta huella lingüística de la discriminación por género, con la necesidad de evitar una disrupción de la *práctica* del derecho civil.

Esta no es una cuestión estéril o trivial. Hay muchas expresiones neutras en otros derechos, el problema es que no todas tienen una historia en nuestro derecho, ni el mismo peso en el discurso de la doctrina y la jurisprudencia. En ese sentido, hay que tomar en cuenta los riesgos de los trasplantes irreflexivos, un problema sobre el cual muchos comparatistas nos han de advertido. El trasplante de un texto legal a un “suelo”³¹ de prácticas diversas entraña el riesgo de un resultado incierto y potencialmente problemático.³²

El derecho civil francés, como vimos, usa la expresión *persona razonable*. El Código argentino refiere a la “diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias” (Art. 1724). El Código Civil alemán define a la negligencia como la falta de un “cuidado razonable” (Art.276).

Veamos un ejemplo de significados diversos determinados por el contexto de la cultura jurídica. A primera vista, la definición alemana de culpa (“falta de cuidado razonable”) parece inocua y trasladable a Uruguay tanto como la expresión francesa *persona razonable*. Sin embargo, veamos con un poco más de detalle.

El “cuidado razonable” es entendido por la doctrina alemana como un *standard* objetivo.³³ Nada extraño hasta allí: es equivalente a la concepción *normativa* y abstracta de la culpa de nuestro derecho.³⁴ Sin embargo, demos un paso más y miremos a la culpa grave. Se trata de un grado de la culpa reconocido por nuestro derecho en el artículo 1344, aunque sólo se aplique de manera excepcional. La culpa grave, en *nuestro* derecho también es un concepto normativo, sin componentes psicológicos. En efecto, el *standard* del buen padre de familia cambia por el *standard* de la persona torpe, pero no tiene una dimensión psicológica o subjetiva, al contrario del dolo.³⁵ En cambio, esto no es así (o no es tan claro) en el derecho alemán. Como señala Schulze, comentando el Art. 276 del BGB, “la culpa grave no sólo requiere consideración del estándar objetivo... pero comprende [también] un estándar *subjetivo*”.³⁶ Quizás pueda depurarse esa cuestión y acortar las diferencias pero la necesidad de ese trabajo ya es una mala señal.

La expresión *diligencia de una persona media*, tiene una larga tradición en nuestra cultura jurídica que haría que el tránsito fuera poco disruptivo. Rápidamente se conectaría con las definiciones doctrinarias y jurisprudenciales uruguayas como hemos señalado más arriba. En todo caso, si se dijera que *persona media* y *persona razonable* en nuestro derecho significan lo mismo, la cuestión es ¿por qué no usar la expresión más común y obligar al intérprete a hacer, él mismo, el salto desde la posible nueva expresión (“persona razonable”) a la expresión más habitual tanto en la cátedra como en la práctica del derecho civil nacional (persona media).

En ese sentido, entiendo que la expresión que menor riesgo presentaría para la sustitución es “diligencia de una persona media”, con un significado absolutamente idéntico al de la doctrina actual. Ello tiene como valor central que evita un cambio innecesario en nuestra práctica civilista, al mismo tiempo que constituye una expresión neutra en términos de género.

31 Otto Kahn-Freud, ‘Of Uses and Misuses of Comparative Law’ (1974) *Modern Law Review* 1-27.

32 John W Cairns ‘Watson, Walton and the History of Legal Transplants’ (2013) 41 *Ga. J. Int’l & Comp. L.* 637-696.

33 Reiner Schulze, en Gerhard Dannemann- Reiner Schulze, *German Civil Code/Bürgerliches Gesetzbuch: BGB: Volume I* (C.H.Beck 2020) p. 404.

34 Gamarra, Tratado, T XIX cit. p. 133-7

35 Ibídem p. 135: “en el dolo se quiere la consecuencia lesiva y no en la culpa”

36 Schulze, op.cit. p.405.

4. Conclusiones

La expresión *buen padre de familia* entraña en el plano simbólico una discriminación de género. En el plano literal postula como ideal de conducta una figura profundamente ligada al *pater familias* romano, que está en la raíz del modelo de familia y sociedad patriarcal

Por supuesto, la dogmática civilista no lo lee así. En la lectura dogmática corriente de esta expresión sólo significa, puesto en lenguaje neutro, *persona media*.

Hay una dualidad, entonces, entre la mirada externa y la interna. Para el ciudadano la expresión es claramente discriminadora, para la mirada interna de la dogmática, en cambio, la expresión se ha vuelto neutra por una práctica hermenéutica firmemente asentada que en ese texto lee persona media.

La derogación de la expresión de marras es necesaria para atender a la mirada externa y crear un discurso en que los símbolos de la desigualdad de género vayan eliminándose.

En el plano interno de la práctica jurídica civilista es importante que el giro que sustituya a esta expresión no genere problemas en la predictibilidad y certeza de la nueva noción. Se trata que sea claro que no hay una disrupción en el significado técnico. Que quede claro, en definitiva que sólo cambia el significante mientras que el contenido se mantiene igual (*persona media*).

La *persona media* es la versión más socorrida por la doctrina y, a mi juicio, todo considerado, la que debe sustituir a la de *buen padre de familia*.

EL ESTÁNDAR DE LA CULPA CIVIL Y LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

1. Síntesis sobre “Perspectiva de género”

Para ubicar en su contexto a la herramienta jurídica “*perspectiva de género*”, partimos del art. 8° de la Constitución, donde establece que “*Todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos y virtudes*”, norma que fue complementada con varias más, destacando ahora la ley 18.104/2007, sobre la igualdad de oportunidades y derechos para mujeres y varones en todos los ámbitos de la vida, en todo el territorio nacional, implementando desde la misma un Plan Nacional para garantizar tales derechos, aludiendo así a la perspectiva de género y su transversalización (“*gendermainstreaming*”). Dichas normas adoptan las políticas para los Estados, desde la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer celebrada en Beijing en 1995.³⁷

Ahora bien, y en aras a conceptualizar la expresión “*perspectiva de género*” nos preguntamos: ¿Tienen igual significado los términos “sexo y género”? Efectivamente no. Para ello estaremos a lo establecido dentro de las definiciones, entre otras normas, a las previstas en la ley 19.684/2018, que también siguen objetivos protectores ante vulnerabilidades manifiestas:

Artículo 1°. (Derecho a la identidad de género).- Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad conforme a su propia identidad de género, con independencia de su sexo biológico, genético, anatómico, morfológico, hormonal, de asignación u otro.

Artículo 4°. (Definiciones).- A los efectos de la presente ley se entiende por:

- a) Identidad de género: la vivencia interna e individual del género según el sentimiento y autodeterminación de cada persona, en coincidencia o no con el sexo asignado en el nacimiento, pudiendo involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido.
- b) Expresión de género: toda exteriorización de la identidad de género tales como el lenguaje, la apariencia, el comportamiento, la vestimenta, las características corporales y el nombre.
- c) Persona trans: la persona que se autopercibe o expresa un género distinto al sexo que le fuera asignado al momento del nacimiento, o bien un género no encuadrado en la clasificación binaria masculino femenino, independientemente de su edad y de acuerdo a su desarrollo evolutivo psico sexual....

37

"Guía para implementación del Modelo de calidad con equidad de género". MIDES. INMUJERES. Montevideo. Febrero 2019.

Artículo 6º. (Adecuación de nombre o sexo en documentos identificatorios).- Toda persona podrá solicitar la adecuación de la mención registral de su nombre, sexo, o ambos, cuando los mismos no coincidan con su identidad de género.

Para entender la filosofía de la norma apelamos a Hernández García³⁸, cuando cita a Robert Stoller aludiendo a "...la distinción conceptual entre "sexo" y "género", expresando que "... sexo refiere a los rasgos fisiológicos y biológicos del ser macho o hembra, y el género, a la construcción social de esas diferencias sexuales... el sexo se hereda y el género se adquiere a través del aprendizaje cultural....".

Porque género y sexo no son sinónimos³⁹. Puede suceder un sujeto haya nacido con sexo masculino, pero su género es femenino, porque ése es su patrón por adopción, o a la inversa. Y así debe entenderse y respetarse, recibiendo la protección del sistema legal, como sujeto vulnerable. Su vulnerabilidad radica en haberse apartado del estereotipo que la Sociedad históricamente le asignó.

Se le atribuye a Simone de Beauvoir, a partir de su frase "*No se nace mujer, se llega a serlo*" plasmada en su ensayo⁴⁰ desde revisión de estudios antropológicos, etnográficos e históricos, donde busca demostrar que las características humanas consideradas como femeninas y masculinas no derivan de la biología, sino que son adquiridas mediante un proceso de construcción social e individual. Esta síntesis la presenta la Guía de acción para delegadas y delegados sindicales de la OIT y del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, donde entre tantas indicaciones marcadas en dicha Guía, destacamos la de "*Revisar constantemente los modelos de masculinidad para no caer en los engaños del patriarcado y sus mandatos...*"⁴¹, que nos transporta a la consigna que aquí nos encontramos trabajando.

Estas mismas líneas de análisis las adoptan en España la "*Guía práctica para la abogacía*"⁴² elaborando conceptos, a modo de "*etapas de un proceso*", que permitirá arribar luego a los "*estereotipos de género*"⁴³, entendiéndolos como "*etiquetas que se atribuyen a hombres y mujeres por el mero hecho de serlo...etiquetas*" que se "*...colocan al nacer*"⁴⁴. Y en función a tales etiquetas "*...se asignan roles, como pautas que la sociedad impone y espera de cada individuo*".⁴⁵

En dicha etapa llegamos así a la "*perspectiva de género*", —género⁴⁶ como categoría analítica⁴⁷— y como "*...herramienta metodológica... que permite identificar y tomar consideración las experiencias de hombres y mujeres para erradicar las desigualdades...*". "*La perspectiva de género entonces no significa realizar un análisis a favor de las mujeres, sino que supone estudiar y tener presente qué significa ser hombre o ser mujer, haciendo visibles las relaciones de poder que existen, para poder combatirlos....*".

38 Hernández García, Yuliava. "Acerca del género como categoría analítica". Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas. 13. 2006

39 "Las ideas de "qué es ser mujer" y "qué es ser varón" son producto de una construcción social que determina históricamente las pautas de conducta y roles que unas y otros deben desempeñar en todos los ámbitos de la vida según estereotipos aparentemente inmutables". Guía para implementación del Modelo de calidad con equidad de género. MIDES. INMUJERES. 2019

40 Simone de Beauvoir. El segundo sexo. 1949

41 "Un compromiso con la igualdad. Guía de acción para delegadas y delegados sindicales". Fundación UOCRA. OIT. NACIONES UNIDAS

42 Enfoque de Género en la actuación letrada. Fundación Abogacía-Española. 2017

43 "Los estereotipos de género constituyen prejuicios generalizados sobre las características que poseen o deberían poseer los hombres o las mujeres..." Se presenta como un ejemplo que "*En la familia los hombres son los proveedores primarios y las mujeres quienes cuidan a los hijos/as*" Guía para el Poder Judicial sobre estereotipos de género y estándares internacionales sobre derechos de las mujeres. Naciones Unidas Uruguay (CIG). Fiscalía General de la Nación. Centro de Estudios Judiciales del Poder Judicial. Marzo 2020

44 Estereotipo –etiqueta– de que el hombre es más fuerte físicamente, sin reparar en un hombre concreto. En tal sentido, "*...el rol es un concepto sociológico que hace referencia a las pautas de conducta que la sociedad impone y espera...es el papel social que debemos juzgar cada sexo en el reparto de tareas que se nos asigna por la sociedad...*"

45 Programa en Youtube "Aires Constitucionales" por Canal Metro <https://youtube/4U9fz3cJMs>

46 "El género se define como la "...construcción cultural de la diferencia sexual, que da cuenta de un sistema primario de relaciones de poder y dominación, transhistóricas y transculturales..." Violencia de Género desde un abordaje interdisciplinar. Marta Sahagún y Jhoana Arias. Universidad Sergio Arboleda. CECAR. Corporación Universitaria del Caribe.

47 Marta Lamas "El enfoque de género en las políticas públicas". Opinión y debate. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23192.pdf>

En definitiva, la perspectiva de género apunta a que el juzgador —y todo operador jurídico—, al momento de la valoración de la prueba, logre despojarse de prejuicios⁴⁸

Ya que la perspectiva de género *"...es una variable de análisis que permite ver las personas en su contexto superando los estereotipos que provocan la discriminación y desigualdad entre hombres y mujeres"*.

En este acompañar a las etapas del proceso mencionado, llegamos así al "Lenguaje", como *"...primer vehículo para poder ver estereotipos de género. Por lo cual el uso del lenguaje inclusivo puede servir como instrumento de cambio estratégico, con el fin de incluir la perspectiva de género en las comunicaciones jurídicas y la visibilidad de las mujeres. Evitar el uso del lenguaje sexista en las resoluciones, las audiencias y en todas las etapas de los procesos judiciales..."*, como una más de las estrategias posibles en pos de superar tales estereotipos.

En tal sentido esta Guía promueve una sustitución de vocablos, a vía de ejemplo: *"...trata de blanca por trata de personas..."*. Asimismo agrega *"...evitaremos el término padres cuando nos estamos refiriendo al padre y a la madre, y trataremos de visibilizar y diferenciar la existencia de hijas e hijos en el procedimiento, aludiendo a "... menores..."*.

En lo que hace aplicable también a nuestro Código, siguiendo los pensamientos y trabajos inspirados en la "Justicia de Género" de teorías feministas, estos movimientos diagnostican que dicha norma *"...contiene sesgos que discriminan a las mujeres en materia de derechos"*, ironizando en ejemplo tales *"...como el "contrato sexual"*⁴⁹.

Desde la Universidad de la República también se viene trabajando desde distintos ámbitos, algunos plasmados en obra interdisciplinaria⁵⁰, donde se presentan algunas herramientas, entre otras un "Plan de Acción en Tratamiento de inequidades de género" en trabajos articulados con todas las facultades. Podemos ubicar al trabajo del Instituto en que ahora estamos dentro de esta política general de la UDELAR.

Atendiendo a estos planteos desde la *perspectiva de género*, ahora sí podemos situarnos en la expresión *"buen padre de familia"* adoptado en nuestro Código Civil, cuando marca una regla de conducta que debe seguir cualquier sujeto, en el desarrollo de su vida en Sociedad, para evitar causar daño a otro. En caso de no acatar ese modelo o standard de conducta, y ocasione daño a otro, la consecuencia será la obligación de resarcir aquellos daños acaecidos, siguiendo la regulación legal, prevista en el sistema de la responsabilidad civil⁵¹.

Para medir entonces ese posible apartamiento, el Juez deberá comparar ambas conductas: la del posible "deudor" en esa situación puntual, con la que debería haber adoptado cualquier sujeto en dichas condiciones: en definitiva, la de un modelo ideal o abstracto.

Ahora bien, esa expresión contenida en el estándar de *"buen padre de familia"* ¿guarda armonía con la realidad desde la perspectiva de género? ¿qué pasa cuando una familia está conformada por dos mujeres como madres de familia? ¿qué standard se adopta?

48 Ferrer, Jordi señala tres "momentos" relacionados con la etapa probatoria: el de ofrecimiento, diligenciamiento y su valoración. *"Paradoja de la perspectiva de la prueba con perspectiva de género"* <https://www.youtube.com/watch?v=SlsoI3WQLy4> También en trabajo "La discriminación de género permea ineludiblemente al proceso judicial" Lucía Fernández Ramírez. Cita de su trabajo *"Primera aproximación a los estándares de prueba en las medidas de protección. (Ley 19580). Desde una perspectiva de género"*. Revista CADE Judicatura N° 69. (noviembre 2020), pág. 85-100

49 Justicia de género, ciudadanía y desarrollo. Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo. Ottawa. Dakar. El Cairo. Montevideo. Nairobi. Nueva Delhi. Singapur. (Pág. 43) Maxine Molyneux.

50 "Acoso sexual en los ámbitos laboral y educativo. Aportes hacia una intervención." CSIC. UDELAR. Montevideo 2018

51 Rodríguez Russo, Jorge. *"El sistema de la Responsabilidad civil y su fundamentación dogmática"* Anuario de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XXXIII, pág. 593 expresa: *"...Se percibe con claridad la verdadera ontología de la responsabilidad civil, ...consiste en trasladar el daño causado eliminando sus consecuencias nocivas para la víctima."*

Es cierto como expresa Peirano⁵² cuando analiza los escasos artículos que cimientan al sistema de la responsabilidad civil, entiende que merced a la “interpretación”, es posible que el sentido de la norma varíe por entero “...cobijándose en ella situaciones que anteriormente no se encontraban regidas por su estatuto, o alejándose de su imperio otras que tradicionalmente se entendieron alcanzadas por él... el jurista... se ve obligado a deformar los conceptos para adaptarlos a los hechos, o bien, a forzar los nuevos hechos para hacerlos entrar en los viejos conceptos...”, permitiéndonos de cierta forma, como operadores jurídicos, amoldar aquella expresión a la nueva realidad a partir de la perspectiva de género. Se nos viene como ejemplo el término “domésticos” establecido en el art. 1324.5, cuando regula la responsabilidad civil del empresario por el daño cometido por sus empleados. Hoy leemos esa norma aplicándola a los empleados o trabajadores de una empresa, sin hacer cuestión al término en desuso de “domésticos” que dicha norma contiene en su léxico.

A su vez también el Prof. Rodríguez Russo expresa “...La constante reinterpretación de las disposiciones del Código Civil por obra de la doctrina y la jurisprudencia ha permitido su permanente actualización, lográndose descubrir incluso nuevos principios...”⁵³.

Pero no podemos dejar de reconocer que hay que hacer un esfuerzo por demás desmedido en “actualizar” esta expresión analizada, a las nuevas realidades desde la perspectiva de género⁵⁴, sin dejar de reconocerle el adjetivo de “mácula” al standard de *buen padre de familia* que le reconoce Tomás Martínez en su estudio sobre “La sustitución del “buen padre de familia” por el estándar de la “persona razonable”: Reforma en Francia y valoración de su alcance”⁵⁵, adjetivo que lo compartimos y entendemos aplicable también a nuestro caso.

Aquí entonces se centra la Consigna: la arcaica expresión “buen padre de familia”, debería ser sustituida por otra que refleje estas nuevas realidades de la “perspectiva de género”?

2. Síntesis sobre standard “Buen padre de familia”

Siguiendo a Larenz⁵⁶ quien cita a su vez a Strache, presenta como “standard”: “...un tipo real, pero al propio tiempo es siempre un tipo ideal axiológico...”, conceptualizando la expresión como “...pautas normales de comportamiento social concreto, aceptadas en la realidad social....”.

Y en lo que hace a la interpretación literal de la expresión standard del *buen padre de familia*, podemos seguir trabajando con el Larenz, sobre el lenguaje técnico-jurídico y el lenguaje general, que el legislador a través del Derecho se “...dirige a los ciudadanos y desea ser entendido por ellos”. Es evidente el legislador al momento histórico de regulación de determinada norma y expresión como la que comentamos, tenía ante sí determinadas situaciones de hecho. Pero coincidimos que la ley “...pretende tener validez para una multitud de casos también futuros, busca garantizar una cierta constancia en las relaciones interhumanas...”.

Entonces, este estándar de *buen padre de familia*, ¿es posible interpretarlo —siguiendo a Larenz— como “...una relación de tensión...” al momento cronológico, social e histórico en que estamos?; porque debemos entender que “...toda ley está, como un hecho histórico en relación activa con su tiempo. Pero el tiempo no está quieto...”⁵⁷

52 Peirano Facio, Jorge. Responsabilidad extracontractual. Tercera Edición. Edición Temis Librería. 1981

53 Rodríguez Russo, Jorge. “Código Civil y dispersión legislativa”. Revista Facultad de Derecho N° 29. Año 2010.

54 También podemos tener otra visión en Canal de YOUTUBE de Fundación de Cultura Universitaria en “Tertulia Café: (Re) pensando el derecho desde la perspectiva de género”.

55 Gema Tomás Martínez. Revista de Derecho Civil. Vol II, núm. 1 (enero-marzo 2015), pág. 57-102.

56 Larenz, Karl. Metodología de la Ciencia del Derecho. Ariel Derecho. Pág. 455

57 Larenz, Karl. Metodología de la Ciencia del Derecho. Pág. 347.

Quizá los operadores jurídicos, van incorporando e internalizando la *perspectiva de género* como herramienta jurídica, e intuitivamente ese estándar del *"buen padre de familia"* previsto en la norma —art. 1344— es interpretado sin reparar ni en sexo ni género del modelo, es decir se pase por alto a la expresión buen *"padre"* en su sentido literal y se atiende en cambio, a la metodología de uso de la herramienta. Pero insistimos: es una expresión que "rompe los ojos", y que no contribuye a ese camino o proceso a consagrar las verdaderas igualdades, tan necesarias para lograr ambientes de trabajo y de estudio sin violencias, sin discriminaciones.⁵⁸

A pesar de que la Consigna planteada no ameritaría ahondar en el análisis del concepto en sí de la expresión *buen padre de familia*, igualmente pasaremos revista de algunas posiciones relevantes de la doctrina, en lo que hace al comportamiento con culpa o sin ella, donde tiene cabida aquella expresión de nuestra consigna. En tal sentido comenzaremos con la concepción que nos presenta el Prof. Caffera respecto al estándar del *buen padre de familia* entendiendo dicho autor que nuestro sistema adoptó su sentido normativo⁵⁹ y no así el sentido sicológico, que le imputa a Peirano sí haberlo seguido.

En esa línea leemos en la obra Responsabilidad extracontractual del Prof. Peirano Facio cuando analiza la Jurisprudencia al momento de aplicar la regla de conducta prevista en el art. 1344, lo sintetiza como *un error en la conducta*.⁶⁰

No podemos perder de vista que esta regla de conducta tiene justificación en aquella clase de obligaciones de corte doctrinario en obligaciones de medios y de resultado.

Obligación de medios (por el hacer que está en cuestión), siguiendo al Prof. Gamarra también son llamadas de *"comportamiento"*, *"actividad"*, de *"diligencia"*, las que para definir su (in)cumplimiento *"...como centro del juicio de responsabilidad, la tarea del juez será "controlar la conducta del deudor"....ajustada al parámetro del art. 1344: del buen padre de familia...es de acuerdo con dicho modelo ideal..."*^{61 62}. El mismo autor, pero en su obra "Responsabilidad Civil Médica" cuando analiza la culpa médica, la compara con la culpa común, y a pesar de referir a posibles diferencias desde cierta doctrina y jurisprudencia, concluye que *"...se ha creado una falsa oposición entre la culpa médica y la culpa común... En el caso del médico tal control tiene como punto de partida lo que habría hecho —en las mismas circunstancias— un buen profesional que actúa con la diligencia media y de conformidad con las reglas y prácticas del arte médico"*⁶³

58 Además de las ya mencionadas en el cuerpo del escrito, se nos vienen al pensamiento ley 18.561/2009, ley 19.580/2017 y no podemos dejar de mencionar Convenio N° 190 y Recomendación N° 206 de OIT, de entrada en vigencia en pocos días, en nuestro sistema interno por ley N° 19.849/2019

<https://www.imo.com.uy/bases/leyes/19849-2019>https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_747852/lang-es/index.htm

<https://www.gub.uy/ministerio-trabajo-seguridad-social/comunicacion/noticias/uruguay-primer-pais-del-mundo-ratificar-convenio-oit-contra-aco-so-violencia#>

59 Caffera, Gerardo. Responsabilidad civil contractual. Introducción a su estudio en Derecho Uruguayo. FCU. Edición 2010. Pág. 37-38: *"El artículo 1344 contiene una definición del concepto de culpa...la cual en nuestro Código concibe un sentido normativo, distinto al concepto sicológico del culpa utilizado por Peirano Facio...En efecto en sentido normativo es la discordancia de la conducta concreta del deudor comparada con un cierto standard de conducta...Se trata de la diligencia de un hombre medio...En efecto, por "buen padre de familia" se entiende, generalmente un hombre medio de nuestra sociedad...La forma de actuar, las precauciones, los cuidados que normalmente adopta este hombre medio constituye un patrón, un standard, en definitiva una regla, con la cual se contrasta o compara la conducta de cada deudor concreto...La culpa se valora en abstracto, es decir que no se valora en referencia al comportamiento medio del propio deudor, sino con referencia a un standard social medio..."*

60 Peirano Facio, Jorge. Responsabilidad extracontractual. Pág. 342 y ss leemos *"...en toda idea de culpa, hay siempre un juicio de valor: se aprecia la conducta poniéndola en parangón con la que se estima un ideal de conducta...Todos estos criterios aunados, pueden considerarse, en general, constitutivos del standard jurídico del buen padre de familia o del hombre diligente en nuestro medio..."*

61 Gamarra, Jorge. Responsabilidad contractual. II. El juicio de responsabilidad. FCU. 1997. Pág. 400 y ss.

62 Similares conceptos vierte el Prof. Andrés Mariño López en su obra Los fundamentos de la responsabilidad contractual. Carlos Alvarez-Editor. Montevideo 2005, pág. 156, cuando analiza a la culpa *"...en la teoría de las obligaciones de medios y de resultado, expresa que en la de medios el factor de atribución de culpa es subjetivo, por lo cual si el deudor actúa con diligencia del buen padre de familia (no culpa) en el cumplimiento de la misma, entonces no habrá incumplimiento y el deudor no responde del daño sufrido por el acreedor."*

63 Gamarra, Jorge. Responsabilidad Civil Médica. 1. FCU. 1999. Pág. 33 y ss.

También el Prof. Berdaguer analiza a la expresión contenida en el art. 1344 del Código Civil como un principio general, y más precisamente como principio de diligencia (junto al principio de la buena fe), los que inciden al momento de *"examinar si el deudor cumplió (o no) la obligación....El referido estándar jurídico tiene como función la determinación del conjunto de actos que debe cumplir el deudor...fijando el iter instrumental"*⁶⁴

Por su parte las Prof. Venturini y Tabakian⁶⁵ también analizan el estándar de la culpa para medir la actuación de un sujeto determinado en lo que hace al cumplimiento de obligaciones, y por ende a la responsabilidad. Lo central de esta ponencia radica en que dicho estándar se lo aplica a modo "subjetivo" esto es, en función de lo que hubiera debido ser la conducta esperada de ese deudor concreto (*"...según sus propias cualidades"* anotan las autoras); o bien, se lo hace en forma objetiva, tomando como modelo aquel sujeto ideal, (*"...sin referencia alguna a las características o cualidades del sujeto"* agregan a su vez que este último sistema es el seguido por nuestro art. 1344 en la expresión *"buen padre de familia"*). Concluyen que más allá de ambas posibilidades a nivel dogmático, *"...un individuo no puede ser juzgado solamente en base a estándares objetivos o subjetivos, sino en consideración de ambos"*.

En el trabajo de las autoras observamos un punteo de diferentes situaciones donde el legislador estableció estos criterios de medición de conductas, al momento de juzgar sobre existencia o no de responsabilidad, lo que demuestra que la figura que nos convoca, la del *"buen padre de familia"* ha sido seguido o adoptado por diversos ámbitos o segmentos del Derecho: comercial (*"diligencia del buen hombre de negocios"*), responsabilidad profesional en la ley 17.250, etc.

Al presente punteo humildemente nos permitimos sumar como un ejemplo más el proveniente del Derecho Agrario, donde la figura del *"buen padre de familia"* se la ubica vinculada a la de aquél sujeto que explota un predio agrícola y/o ganadero, y cómo ha de ser su conducta o comportamiento en lo que refiere a dicha explotación, se la ha de juzgar en función al estándar del *"buen padre de familia"*. Saavedra se basa en autor italiano Predella, quien sostiene que *"...la noción de buen padre de familia del derecho moderno, no solamente tiene un origen esencialmente agrario, sino que en su más pura raíz romana, suponía ser apreciado en su dimensión concreta. El buen padre de familia no es un tipo abstracto o ficticio, sino conforme a la índole esencialmente práctica del pueblo romano, es el vivo modelo del ciudadano romano del antiguo jefe político de la hacienda agrícola-doméstica..."*.

Para el análisis de aquellas obligaciones del tomador de un predio rural en función de un *"buen padre de familia"* concluye el autor, que se debe estar al caso concreto, atendiendo a las particulares circunstancias de cada caso, casi en forma personal, preguntándose entonces *"Cuál será la conducta razonable de un buen labrador?"*⁶⁶ En definitiva esta figura tiene también su arraigo en el Derecho Agrario, como normas especiales sobre contrato de arrendamiento, por ejemplo. Figura de enorme aplicación a nivel jurisprudencial a la hora de dirimir conflictos donde se discuten cumplimientos o incumplimientos a obligaciones establecidas por ley y/o en los acuerdos privados o con Instituciones del Estado, caso Instituto de Colonización.

En definitiva, la expresión *"buen padre de familia"* cumple una función de medir conductas pudiendo variar su nomenclatura, según a la materia en que se aplique. De acuerdo a lo planteado: para medir conductas en el área del comercio, entonces se regirá por la de buen hombre de negocios, si se trata en ámbito rural: el patrón de conducta será la de un buen administrador del predio —si explota el predio en cuestión como cumplimiento a sus obligaciones, de acuerdo a un parámetro medio de trabajador de la tierra según la tecnología del momento—; si se trata de un profesional, el patrón a adoptar será la del profesional medio de que se trate: médico, arquitecto, abogado, etc., todas ellas derivaciones del *buen padre de familia*, expresión que en

64 Berdaguer, Jaime. Fundamentos del Derecho Civil. Primera Parte. La Obligación. Tomo II. FCU. Junio 2000

65 Venturini, Beatriz y Tabakian, Marcela. *"De la culpa a la responsabilidad objetiva: el estándar y el principio de la razonabilidad"* Anuario de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XXXVIII. Pág.817 y ss.

66 Saavedra, Juan Pablo. *"La gestión productiva del predio rural arrendado o dado en aparcería"*. <https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/462>

lo inmediato pasaremos a analizar sobre su posible sustitución, en mérito al des-encuadre que conlleva, en función a la *perspectiva de género* que analizamos al inicio.

Porque más allá de la percepción sobre la expresión en sí, y más allá de su “espíritu”, corresponde acompañar mandatos legales que contienen objetivos protectorios hacia sujetos vulnerables⁶⁷, a través de diferentes leyes.

Entendemos que el Código Civil en la medida que acompañe a dicho subsistema protectorio desde dichas leyes, estaremos contribuyendo a preservar “la centralidad del Código Civil”, según lo expresa Rodríguez Russo, quien nos advierte sobre el riesgo que significan “...las leyes especiales, apropiándose de determinadas materias...vacían de contenido a la disciplina codificada, revelando lógicas autónomas...”.

Estos pensamientos que Rodríguez Russo nos presenta —siguiendo la obra de Irti⁶⁸— no los podemos desoír o ignorar, tal cual luces de alarma que se nos encienden en manera intermitente.

3. Breve ensayo sobre el tema de la sesión

Como lo hemos venido adelantando, sin lugar a dudas, entendemos estamos ante una oportunidad única en contribuir al desarrollo armónico de los vínculos interpersonales, acompañando con estrategias sustanciales desde nuestro ámbito de trabajo, como lo es el Derecho Privado, proponiendo que la expresión “*buen padre de familia*” sea sustituida por otra que mantenga el efecto de oficiar también de modelo estándar de conducta, pero que su lenguaje sea amigable con todos los avances sociales en pos de verdaderas igualdades entre las personas, sin importar su sexo, su género, su origen, su religión, etc.

La transcripción textual de pasajes de las obras de los autores adjuntados en capítulo anterior, también ha tenido otro propósito además de mantener la fidelidad y genuinidad de sus pensamientos. Y el propósito pasa por sugerir a modo de ensayo o ejercicio, sustituir la expresión “*buen padre de familia*”, con otra que cumpla con el espíritu de aquel principio, sin que distorsione su dinámica, pero que sí en cambio guarde armonía con un lenguaje no vinculado ni a sexo ni a género determinado, como podría ser aquel adoptado por el derecho francés: “*persona razonable*”.

Para ello además del anterior ejercicio, proponemos analizar las líneas seguidas por el derecho francés desde el año 2014⁶⁹ tomando como insumo a las ponencias de profesores universitarios Rey Mora y Tomás Martínez⁷⁰ que analizan el cambio en el Derecho Francés.

67 Además de las leyes mencionadas ut supra, prevista también desde el Derecho Internacional, se puede consultar la obra “Código de Derechos Humanos. La protección jurídica de los derechos humanos en Uruguay”. Mariana Blengio Valdés, con la participación de José Aníbal Cagnoni. UDELAR. Cátedra UNESCO de Derechos Humanos de UDELAR.

68 Irti, Natalino. La edad de la descodificación. José María Bosch Editores SA. Barcelona. “Las leyes especiales, apropiándose de determinadas materias y clases de relaciones, vacían de contenido la disciplina codificada, y expresan principios que asumen una relevancia decididamente general”. Pág. 32

69 LOI n° 2014-873 du 4 août 2014) “El “bonus pater familias” fue sustituido mediante la citada ley de igualdad, alentada en la mayoría de los casos por grupos sociales y movimientos feministas, con el argumento que dicho término es símbolo poderoso, peligroso y sexista...” Pero “...este estándar tan atacado por los grupos feministas franceses, ha funcionado en el país desde siempre, jamás representó un problema, todo lo contrario, ha sido siempre una herramienta indispensable con la cual los jueces galos se sirven para imputar responsabilidad” Continúa el autor “Es conveniente remarcar que “lo razonable” no está exento de críticas en tanto es un término mucho más abierto y flexible que podría dificultar el trabajo de los jueces...” Daniel Rey Mora. “Del “buen padre de familia” a la “persona razonable”: Cambio en el derecho francés” <https://ssygdlegal.com/2019/06/13/del-buen-padre-de-familia-a-la-persona-razonable-cambio-en-el-derecho-frances/>

70 Tomás Martínez, Gema. “La sustitución del “buen padre de familia” por el estándar de la “persona razonable”: reforma en Francia y valoración de su alcance”. Revista de Derecho Civil. Vol II, núm. 1 (enero-marzo 2015). Pág. 57-103 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5002884>

Ambas ponencias denotan cierta resistencia al cambio o sustitución operada en el derecho francés, que se dieron en todas las disciplinas del Derecho, que figurara la expresión *"buen padre de familia"* siendo sustituido por *"persona razonable"*.

La resistencia al cambio que exponen estos autores, parece centrarse en entender que la nueva expresión podría acarrear dificultades o dudas a los jueces a la hora de sentenciar, entendiendo la nueva terminología es más "flexible" sostiene Rey Mora, tal cual lo transcribimos en nota al pie.

Por su parte la autora Gema Tomás Martínez su crítica la focaliza más que nada en la procedencia desde el "common law" de la sustituta expresión ⁷¹

Esta autora presenta someramente el cómo se dio tal sustitución en el derecho francés, desde el debate parlamentario en Francia en oportunidad de sancionarse la ley para la igualdad real entre las mujeres y los hombres, insertándose allí la referida sustitución⁷². Esta sustitución (*"enmienda"*) la autora critica *"...porque se propone como un mero cambio terminológico, en el sentido que el que el reemplazo por las diferentes formas verbales de lo razonable no afecta el contenido propiamente dicho... se presentaría como algo mínimo, insignificante y limitado a una suerte de actualización lingüística..."*

Pero según nuestra percepción, al contrario de lo sostenido por Tomás Martínez, es en este punto central donde radica claramente la justificación de por qué sí realizar tal sustitución a la expresión consignada: del *"buen padre de familia"*, por la de *"persona razonable"*: el que no "toca" su esencia ni su espíritu, solo cambian los términos.

Tomás Martínez agrega como un dato más a sus argumentos contra la sustitución, la procedencia de la figura: la que fuera tomada del derecho romano, que a su decir no toma el nombre... *"ni por ser hombre ni por ser padre"* sino por adoptar un modelo de conducta considerada en manera objetiva y abstracta. Allí radica otro de sus argumentos de por qué no sustituir la clásica expresión del Código: niega tal expresión aluda ni al sexo ni al género de la persona de referencia.

Pero a nuestro modo de ver, insistimos sobre la posible sustitución de la figura *"buen padre de familia"* por el término de *"persona razonable"* es quizá uno de los principales argumentos: que el mismo no cambie su sustancia, su esencia. Es decir, esta posible sustitución sigue los cánones metodológicos para su interpretación y aplicación en manera idéntica a la que sustituye. Aquél temor que vislumbra Tomás Martínez, creemos no se da. Cambian los términos, pero no el espíritu.⁷³

Tampoco entendemos de relevancia que dicha expresión (*"persona razonable"*) al provenir del "common law" pueda significar inconvenientes al momento de su aplicación. Como ya lo expresamos, la mecánica para su interpretación y aplicación, es de idéntica forma a la que se debe seguir para aplicar la figura del *"buen padre de familia"*.

Ambas son expresiones abiertas en el sentido de que el juzgador o el intérprete al momento de enfrentarse a una situación que amerite comparar si determinada conducta es o no diligente, si se actuó con culpa, bastará llenar de contenido con las diligencias del momento cronológico y social de que se trate.

Pensemos en situación que nos permita comparar ambas figuras: la de *"buen padre de familia"* y de *"persona razonable"*, aplicable a una hipótesis de análisis para entender la mecánica y funcionamiento:

Persona (mujer u hombre) que organiza reunión social con invitación de 200 participantes. En el año 2018 no sería objetable su conducta, pero en cambio hoy año 2021, esa conducta nadie duda en calificarla como culpa-

71 *"Razones de igualdad de género...han explicado su sustitución por "lo razonable". La razonabilidad es el estándar por excelencia del common law"* Gema Tomás Martínez.

72 *"La ley francesa de igualdad ha hecho desaparecer la expresión "bon pere de famille" de catorce artículos, diez en el Código Civil y el resto en leyes especiales...por ser anticuada y obsoleta que se remonta al sistema patriarcal..."* Tomás Martínez, Gema. *"La sustitución del "buen padre de familia" por el estándar de la "persona razonable": reforma en Francia y valoración de su alcance"*. Revista de Derecho Civil. Vol II, núm. 1 (enero-marzo 2015). Pág. 57-103

73 Trayendo frase usada en España del Siglo XVIII, la posible sustitución de las expresiones, no sería más "que el mismo perro con distinto collar".

ble⁷⁴. Y es hoy calificable de culpable tal comportamiento, porque no se ajustó a la diligencia media esperable de cualquier persona en las circunstancias sociales y sanitarias que estamos atravesando como Sociedad.

En definitiva tal persona no actuó como un *"buen padre de familia"*, o no actuó como una *"persona razonable"* de acuerdo a la razonabilidad estándar media esperable.

Ejemplo real recientemente ocurrido en el Pueblo Belén⁷⁵ del departamento de Salto, donde un culto religioso con su pastor organizaron reunión con aglomeración de personas, donde varias resultaron infectadas de coronavirus y otras fallecieron. Nadie puede dudar que todas las personas: organizadoras y participantes actuaron con culpa, por faltar a la diligencia media de cualquier *"persona razonable"*⁷⁶, o como *"buen padre de familia"*. Cualquier persona al día de hoy, con situación de pandemia vigente, toma precauciones, actúa con diligencia para cuidarse y cuidar al otro. Evita participar de aglomeraciones.

En concreto, los parámetros para medir la actuación culposa o no de los individuos, se mide de acuerdo a parámetros del momento, tanto a partir de la expresión *"buen padre de familia"* o bien del modelo *"persona razonable"*. Y es evidente que los parámetros para esa misma situación planteada, varió abruptamente en apenas dos años.

Por lo expresado es que discrepamos con posición de la autora Tomás Martínez, al entender que *"...la razonabilidad parece más neutra en términos lingüísticos de género, sin embargo está tan cargada de significado como la que se pretende reemplazar, la del buen padre de familia, porque cada sistema jurídico nutre el modelo de conducta conforme las cambiantes circunstancias sociales en las que se inserta..."* Entendiendo la autora que *"la reasonable person" despierta el riesgo de subjetivismo..."*; y que *"...el nuevo estándar es más correcto formalmente en términos de género, pero no garantiza una aplicación neutral en términos de género"*.

Estos riesgos sobre posibles arbitrariedades que plantea la autora respecto al estándar de *"persona razonable"*, puede estar también ante la aplicación del *buen padre de familia*. Los posibles riesgos de subjetividades no desaparecen —si allí radica el temor— manteniendo la figura del buen padre de familia, por lo cual sostiene se debe propender a una correcta aplicación por parte de los jueces de los modelos que adopte el sistema.

4. Conclusiones

De acuerdo a lo ya expresado entendemos corresponde acompasar las líneas que viene dando la Sociedad, donde persigue para todas las personas objetivos de igualdad de trato y oportunidades, no discriminación, líneas recogidas por el sistema parlamentario, donde lo expresa desde normas de Derecho. Normas que no es suficiente su sola promulgación, sino que deben complementarse con otras políticas públicas de sensibilización, difusión e información, para poder alcanzar aquellos objetivos de ambientes sanos, libres de violencia. Y como pudimos presentarlo en nuestro trabajo, el *"lenguaje"* es una estrategia más que sugieren determinados movimientos sociales con sus fundamentos, que deben ser utilizados en pos de aquella igualdad.

Entonces además de no ver obstáculos al cambio de las expresiones buen padre de familia por el de persona razonable —porque como lo presentamos no modifica ni su esencia, ni su espíritu como tampoco su metodología de aplicación—, creemos es un paso de avanzada para contribuir a mejores vínculos sociales, reivindicando la vigencia y permanencia de nuestro Código Civil.

74 Además de ilícita que no está en consideración en esta oportunidad.

75 <https://www.republica.com.uy/brote-de-coronavirus-en-pueblo-belen-del-departamento-de-salto-id827258/https://laguardia.uy/pueblo-belen-con-grave-brote-de-coronavirus/>

76 40 Por no ejercer la "libertad responsable" FCU Youtube Sala de reuniones personales de de Cultura Universitaria Fundación *"Los sujetos de la libertad responsable"* <https://www.youtube.com/watch?v=cNbC7Zrzy5k>

