

Montevideo, 25 de Octubre de 2021

Estimada/os Señora/es Senadoras y Senadores de la Comisión Especial de Derechos Humanos, Equidad y Género de la Cámara de Senadores,

De nuestra mayor consideración,

Se adjunta a la presente un Anteproyecto de Ley que versa sobre la derogación de la expresión *buen padre de familia* en el Código Civil y otras leyes. Nos hemos limitado a trabajar sobre esa expresión por ser central en la estructura del Código, en tanto atraviesa todos los campos de la responsabilidad civil contractual y extracontractual.

Los motivos se expresan en el anteproyecto adjunto y fueron explicados a la Comisión durante la comparecencia que realizaron, a instancias de la misma, la Señora Decana de la Facultad de Derecho, Dra. Cristina Mangarelli, el Director del Instituto, Dr. Gerardo Caffera y el Secretario del Instituto, Dr. Elías Mantero, el día 19 del corriente mes.

El estudio del tema al que alude el anteproyecto se origina en el marco de la Resolución N° 54 del Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República del 12 de febrero de 2020, la cual dispuso la realización de actividades con perspectiva de género en todos los Institutos de la Facultad.

En ese contexto, el Instituto de Derecho Civil Sala II-III, decidió tratar la definición de la culpa civil, lo cual se efectivizó en sesión académica el 25 de mayo de 2021, generándose un consenso básico sobre la pertinencia del cambio de la forma en que se expresa dicha definición. Las ponencias presentadas a esa sesión se publicaron por parte del Instituto, y posteriormente en *La Tribuna del Abogado*, revista del Colegio de Abogados del Uruguay.

El anteproyecto que sigue fue elaborado y presentado a la Sala del Instituto (II-III) por parte de todos los Profesores de Derecho Civil de las Obligaciones, Responsabilidad Civil y Contratos (titulares, agregados, adjuntos y adscriptos) de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. A saber: Gerardo Caffera;



Andrés Mariño López; Beatriz Venturini; Luis Larrañaga; Carlos De Cores Helguera; Jorge Rodríguez Russo; Laura Sasías; Gabriel H. Fernández Fernández; Javier Miranda; Elias Mantero Mauri; Marcelo Amorín; Javier Berdaguer; Andres Mendive; Hugo Díaz.

En la reunión de la Sala de fecha 22 de octubre de 2021 se aprobó por unanimidad el Anteproyecto de Ley adjunto, sumándose a los dichos Profesores, con su voz de apoyo, otros miembros del Instituto presentes en la Sala, a saber: Mariana Barúa, Elizabeth Ansuberro; Alicia Brunetti, Inés Labat, Victoria Suárez, Mercedes Vilaró, Miguel Dovat, Alfredo Frigerio, Agustín Marchesano y Santiago Theoduloz.

Posteriormente a la reunión de la Sala, adhirieron individualmente al anteproyecto de ley los siguientes miembros del Instituto: Mathías Ardao, Carlos de Cores Damiani, Josefina de la Fuente, Agostina Lasarte; Emiliano Lencina, Juan José Martínez Mercadal, Hillary Marks, Santiago Mirande, Ximena Moragues, Elena Muñoz, José Luis Nicola, Cecilia Orlando, Dalmiro Outerelo, Adalí Sastre, Agustín Texo, Fernando Tovagliare, y Virginia Yellinek.

Por cualquier duda o aclaración quedamos a sus órdenes. Naturalmente, no escapa a los Senadores y Senadoras, la delicadeza técnica de un proyecto de esta naturaleza que implica la reforma de varios artículos del Código Civil. Dicho Código es una de las piezas centrales del sistema legal uruguayo, su racionalidad interna tiene como objetivo otorgar predictibilidad y certeza en la esfera de las relaciones privadas de las personas. Esa función requiere actuar con cautela en cada hipótesis de cambio.

Les saludan muy atentamente



Profesor Dr. Gerardo Caffera

Director del Instituto de Derecho Civil (Sala II-III)

Facultad de Derecho de la Universidad de la República





Profesor Adj. Dr. Elias Mantero Mauri

Secretario del Instituto de Derecho Civil (Sala II-III)

Facultad de Derecho de la Universidad de la República

**Anteproyecto de Ley de sustitución de la expresión *buen padre de familia* en la
definición de la culpa en el Código Civil y otras Leyes**

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

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

El presente Proyecto de Ley se origina en el marco de la Resolución N° 54 del Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República del 12 de febrero de 2020, la cual dispuso la realización de actividades con perspectiva de género en todos los Institutos de la Facultad.

En ese contexto, el Instituto de Derecho Civil Sala II-III, con el apoyo del Área de Derecho Privado de la misma Facultad, decidió tratar la definición de la culpa civil, lo cual se efectivizó en sesión académica el 25 de mayo de 2021, generándose un consenso básico sobre la pertinencia del cambio de la forma en que se expresa dicha definición.

Entre los símbolos de las desigualdades de género y otras se encuentra la manera en que la ley *expresa* el *estándar* de la culpa en el derecho civil, que constituye en esta materia, el derecho común. El Art. 1344 del Código Civil 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.”

La figura del buen padre de familia ya desde hace largo tiempo no es asociada con la idea de discriminación por la dogmática jurídica privatista. Ello se ha debido a que su *significado* ha mudado notoriamente con el tiempo. Hoy es una expresión arcaica a cuyo significado original no se presta atención.

Sin embargo, en una *mirada externa a la técnica*, la expresión *buen padre de familia* posee varias dimensiones simbólicas discriminatorias. En efecto, la expresión sirve para identificar en el derecho común “el debido cuidado o diligencia”. Por tanto,

constituye un modelo de persona que se presenta como superior a otras. Para saber cómo se debe actuar, nos dice la norma, se debe pensar en lo que haría un buen padre de familia. Esta expresión podría ser leída como discriminatoria en al menos tres o cuatro sentidos.

Por un lado, tomada a valor nominal, la expresión prefiere a los padres sobre las madres. Esto es, a los hombres sobre las mujeres, y en ese sentido es discriminatoria desde una perspectiva de género. Este es el dato más obvio y en su torno se han concentrado ya algunas voces para condenarlo.

Por otra parte, hay más jerarquizaciones 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 considera superiores a los *casados* o *los que forman pareja* sobre las personas *solteras* o *solas*. Segundo, esto, a su vez, podría connotar la preferencia de la persona *adulta* (que “ha formado familia”) sobre la *juventud*. Es cierto que la familia es la base de nuestra sociedad, como indica la Constitución, pero eso no justifica que solo se tome como modelo a los padres de familia.

En tercer lugar, hay un último resabio antiguo. Los padres de familia tomados como modelo son los “buenos”. Esto presupone un criterio moral por el cual separarlos de los *malos*. 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 pertenecen a épocas con menores niveles de aceptación de la diversidad de visiones del mundo propia de las sociedades modernas.

Aunque no sea ya la intención, la expresión evoca con facilidad a un hombre en su madurez, “jefe de familia”, a la cabeza de su mujer e hijos. El técnico sabe que ese significado arcaico ha sido modificado en la práctica por el paso del tiempo, y el sentido que le han ido dando la doctrina y los jueces. Sin embargo, la ciudadanía no tiene por qué aceptarlo así y, en el mejor de los casos, la frase parece propia de un lenguaje hermético que ya no describe en absoluto lo que hoy consideramos como el estándar de la diligencia debida por una persona.

De lo precedente surge una dualidad que hay que gestionar con cuidado. Por un

lado, la expresión *buen padre de familia*, como descripción de un modelo de conducta, merece ser derogada. Es, quizás, la última presencia simbólica explícita del milenario *paterfamilias* en nuestra ley. En el modelo patriarcal original de la familia romana, el *paterfamilias* aparece en el centro del hogar como un jefe dotado de autoridad absoluta. 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 y es el eje de la sociedad patriarcal cuyo cuestionamiento, en mayor o menor medida, está muy extendido en la actualidad dentro de nuestra comunidad.

El riesgo al que hay que atender consiste en que se pueda generar una distorsión en la interpretación y aplicación del concepto de culpa en el ejercicio cotidiano de la actividad jurídica. Por ello, el tema debe manejarse con cuidado. El riesgo no existe si, como es el caso en este Proyecto de Ley, tomamos la definición de culpa (no-discriminatoria) que sostienen desde hace largo tiempo doctrina y jueces.

La expresión *persona media, prudente y cuidadosa* tiene una larga tradición en nuestra cultura jurídica. Precisamente, nuestro principal civilista, el Maestro Gamarra, ha definido al estándar de la diligencia debida como el de una “persona media”, “prudente” y “cuidadosa”.¹ De esa forma no habría distorsiones al aplicar esta nueva descripción del concepto de culpa civil, que reitera el concepto ya vigente en nuestra Ley, pero eliminando la expresión *buen padre de familia*. Otras posibles expresiones sustitutas como la de *persona razonable*, utilizada por el Código Civil francés, han sido descartadas por no tener dentro de nuestra cultura jurídica una tradición tan larga y segura como la citada expresión del Profesor Gamarra.

En suma, la derogación de la expresión de marras es necesaria para seguir creando un discurso legal en que los símbolos de la desigualdad de género vayan eliminándose. En tanto, en el plano interno de la práctica jurídica y técnica del Derecho Civil es importante que el giro que sustituya a esta expresión no genere problemas en la

¹ Ver, por ejemplo, Jorge Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*: Tomo XVII (FCU 2ª ed 1999) p 201. En similar sentido en *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*: Tomo XIX (FCU 1ª ed. 1994 reimp. 2000) p.125.

predictibilidad y certeza de la nueva noción. Se trata que sea claro que no hay una disrupción en el significado técnico. Es decir, la culpa sigue siendo, tal como lo postula la doctrina y jurisprudencia actual, el actuar sin el esfuerzo y cuidado propios una *persona media, prudente y cuidadosa*, que es el principio en materia de culpa (i.e. culpa leve, Artículos 1344 y 1907 del Código Civil), sin perjuicio de los casos en los que se prevé un grado distinto de la culpa, tal como sucede en los artículos 414, 428, 1813, 1818, 1969 y 2008 del Código Civil.



PROYECTO DE LEY

Artículo 1°: Sustitúyese el texto de los artículos 384, 415, 514, 548, 695, 1310, 1324, 1327, 1334, 1344, 1811, 1813, 2220 y 2304 del Código Civil, los cuales quedarán redactados de la siguiente manera:

Art. 384

El tutor debe velar por la persona del menor y administrar sus bienes, con la diligencia de una persona media, prudente y cuidadosa.

Art. 415

El tutor está obligado a llevar cuenta fiel, exacta y documentada de todos sus actos administrativos, día por día, sin que pueda excusarse de esta obligación ni aun el testamentario a quien el testador haya exonerado de rendir cuentas.

Sin embargo, podrá excusarse de documentar las partidas de gastos menudos en que una persona media, prudente y cuidadosa no acostumbra recoger recibo.

Artículo 514

El usufructuario, antes de entrar en el goce de los bienes, está obligado:

1°.- A formar, con citación del dueño, un inventario solemne de todos ellos, haciendo tasar los muebles y constar el estado de los inmuebles.

2°.- A dar fianza bastante de que cuidará de las cosas con la diligencia de una persona media, prudente y cuidadosa y las restituirá al propietario al terminarse el usufructo, no empeoradas ni deterioradas por su negligencia. (Artículo 2111).

Respecto de las cosas fungibles, la fianza será únicamente de restituir otro tanto de la misma especie y calidad.

Artículo 548

El usuario y el habitador deben usar de los objetos comprendidos en sus respectivos derechos, como lo haría una persona media, prudente y cuidadosa; y están obligados a contribuir a las expensas ordinarias de conservación y cultivo, a prorrata del beneficio que reporten.

Artículo 695

El poseedor de mala fe está obligado a restituir no solamente todos los frutos percibidos desde su injusta detentación, sino también los que dejó de percibir por su culpa y que una persona media, prudente y cuidadosa hubiera percibido. (Artículos 1246 y 1319).

Tratándose de restitución de ganados y procreos se estará a lo que establezcan las leyes especiales sobre la materia.

Artículo 1310

El agente oficioso está obligado a emplear en la gestión toda la diligencia de una persona media, prudente y cuidadosa y será responsable de los perjuicios que por su culpa o negligencia resulten al dueño de los bienes o negocios que tomó a su cargo.

Los Tribunales, sin embargo, podrán moderar la indemnización según las circunstancias del caso.

Artículo 1324

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.

Así, los padres son responsables del hecho de los hijos que están bajo su potestad y viven en su compañía.

Los tutores y curadores lo son de la conducta de las personas que viven bajo su autoridad y cuidado.

Lo son, igualmente, los directores de colegios y los maestros artesanos respecto al daño causado por sus alumnos o aprendices, durante el tiempo que están bajo su vigilancia.

Y lo son, por último, los dueños o directores de un establecimiento o empresa, respecto del daño causado por sus domésticos en el servicio de los ramos en que los tuviesen empleados.

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 una persona media,

prudente y cuidadosa para prevenir el daño.

Artículo 1327

El dueño de un edificio es responsable del daño que ocasione su ruina acaecida por haber omitido las necesarias reparaciones o por no haber actuado con la diligencia de una persona media, prudente y cuidadosa.

Si la ruina proviniese de vicio en la construcción, el tercero damnificado sólo puede repetir contra el arquitecto que dirigió la obra, con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo II, Título IV, Parte Segunda de este Libro. (Artículo 1844).

Artículo 1334

La obligación de entregar la cosa contiene la de conservarla con la diligencia de una persona media, prudente y cuidadosa, hasta que la tradición se verifique, so pena de daños y perjuicios.

Artículo 1344

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 a la obligada a toda la diligencia de una persona media, prudente y cuidadosa, esto es, a prestar la culpa leve.

Esa obligación, aunque regulándose por un solo principio, es más o menos extensa según la naturaleza del contrato o el conjunto de circunstancias, en los casos especialmente previstos por este Código.

Artículo 1811

Las principales obligaciones del arrendatario son:

- 1º.- Usar de la cosa según los términos o espíritu del contrato.

2°.- Emplear en la conservación de la cosa la diligencia de una persona media, prudente y cuidadosa.

3°.- Pagar el precio o renta.

Artículo 1813

Si el arrendatario no usare de la cosa como una persona media, prudente y cuidadosa, responderá de los daños y perjuicios y aun tendrá derecho el arrendador para demandar la rescisión del arrendamiento en el caso de un grave y culpable descuido.

Artículo 2220

El comodatario está obligado a velar en la conservación de la cosa prestada como una persona media, prudente y cuidadosa. El no puede servirse de ella sino para el uso convenido o a falta de convención, para el uso ordinario de las cosas de su clase.

Artículo 2304

El acreedor es obligado a guardar y conservar la prenda como una persona media, prudente y cuidadosa y responde de los deterioros que la prenda haya sufrido por su hecho o culpa.

No puede servirse de la prenda en manera alguna, si el deudor no le ha concedido expresamente el derecho de hacerlo. Bajo este respecto, sus obligaciones son las mismas que las del depositario.

Art. 2°. Toda alusión al “buen padre de familia” en las Leyes y Códigos vigentes queda sustituida por la expresión “persona media, prudente y cuidadosa” en los términos de la definición de culpa del Art 1344 del Código Civil, en la redacción dada por el Art. 1° de la presente ley.

-----o-----

APROBACIÓN Y APOYOS. El anteproyecto precedente fue aprobado por unanimidad en la Sala del Instituto del 22/10/2021. Adicionalmente recogió el apoyo individual de los siguientes miembros del Instituto (incluyendo profesores, asistentes, ayudantes y



aspirantes): Gerardo Caffera; Andrés Mariño López; Beatriz Venturini; Luis Larrañaga; Carlos De Cores Helguera; Jorge Rodríguez Russo; Laura Sasías; Gabriel H. Fernández Fernández; Javier Miranda; Elias Mantero Mauri; Marcelo Amorín; Javier Berdaguer; Andres Mendive; Hugo Díaz;; Mariana Barúa; Elizabeth Ansuberro; Alicia Brunetti, Inés Labat, Victoria Suárez, Mercedes Vilaró, Miguel Dovat, Alfredo Frigerio, Agustín Marchesano y Santiago Theoduloz; Mathías Ardao, Carlos de Cores Damiani, Josefina de la Fuente, Agostina Lasarte; Emiliano Lencina, Juan José Martínez Mercadal, Hillary Marks, Santiago Mirande, Ximena Moragues, Elena Muñoz, José Luis Nicola, Cecilia Orlando, Dalmiro Outerelo, Adalí Sastre, Agustín Texo, Fernando Tovagliare, y Virginia Yellinek.

