

La ampliación de la subjetividad en el Código Civil y Comercial argentino

Marcia Alexandra Catinari

Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina; Universidad Nacional de la Plata, La Plata, Argentina; Universidad Nacional de San Martín, San Martín, Argentina

✉ marcia_catinari@hotmail.com

📅 Fecha de recepción: 13/05/2019 - Fecha de aceptación: 15/06/2019

Cómo citar este artículo: Catinari, M. (2020). La ampliación de la subjetividad en el Código Civil y Comercial argentino. *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*. Vol. 10, N° 1 (enero-junio). Santa Rosa: FCEyJ (UNLPam); EdUNLPam; pp. 45-58; ISSN 2250-4087, e-ISSN 2445-8566 DOI <http://dx.doi.org/10.19137/perspectivas-2020-v10n1a03>

Resumen: El presente trabajo propone analizar el impacto que significó la sanción del Código Civil y Comercial sobre la extensión de la noción de persona, al recoger en su articulado la subjetividad de las mujeres, niños, niñas y adolescentes, personas no heterosexuales y personas con restricción de capacidad, reconocidas todas ellas por el derecho internacional como personas en situación de vulnerabilidad. La investigación procura trazar la diferencia entre el código vigente y el Código Civil de Vélez Sarsfield en cuyas disposiciones la noción de persona se identificaba con el hombre mayor de edad y capaz, y el único modelo de familia era el fundado en el matrimonio heterosexual con descendencia biológica o por adopción. La propuesta involucra el análisis de las influencias del “giro lingüístico” y la “teoría del cuidado” en la conceptualización y diseño normativo de algunas de las instituciones más significativas del derecho privado, rescatando la importancia de la ley como fuerza restauradora de la subjetividad, poniendo de relieve que cuando el derecho reconoce a las individualidades, una construcción más amplia de la subjetividad es posible.

Palabras clave: persona; Código Civil y Comercial; pluralismo; giro lingüístico; cuidados.



Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

The extension of subjectivity in the Argentine Civil and Commercial Code

Abstract: This paper proposes to analyze the impact of the sanction of the Civil and Commercial Code on the extension of the notion of person, by including in its articles the subjectivity of women, children, adolescents, non-heterosexual persons and persons with restricted capacity, all recognized by international law as persons in a situation of vulnerability. The research seeks to draw the difference between the current code and the Civil Code of Vélez Sarsfield in whose provisions the notion of person was identified with the man of legal age and capable, and the only family model was the one based on heterosexual marriage with offspring biological or by adoption. The proposal involves the analysis of the influences of the “linguistic turn” and the “theory of care” in the conceptualization and normative design of some of the most significant institutions of private law, rescuing the importance of law as a restorative force of subjectivity, highlighting that when the law recognizes individualities, a broader construction of subjectivity is possible

Keywords: person; Civil and Commercial Code; pluralism; linguist turn; care.

A extensão da subjetividade no Código Civil e Comercial argentino

Resumo: O presente trabalho se propõe a analisar o impacto que a sanção do Código Civil e Comercial na extensão da noção de pessoa significou, coletando em seus artigos a subjetividade de mulheres, crianças e adolescentes, pessoas não heterossexuais e pessoas com restrição de direitos. capacidade, todos reconhecidos pelo direito internacional como pessoas em situações vulneráveis. A investigação procura traçar a diferença entre o código atual e o Código Civil de Vélez Sarsfield em cujas disposições a noção de pessoa foi identificada com o homem de idade e capaz, e o único modelo de família foi o fundado no casamento heterossexual com filhos biológicos ou por adoção. A proposta envolve a análise das influências da “virada linguística” e da “teoria do cuidado” na conceituação e desenho normativo de algumas das instituições mais importantes do direito privado, resgatando a importância do direito como força restauradora da subjetividade, enfatizando que, quando a lei reconhece individualidades, é possível uma construção mais ampla da subjetividade.

Palavras chave: pessoa; Código Civil e Comercial; pluralismo; turno linguístico; cuidado.

1. Introducción

El origen de la persona en el mundo jurídico constituye uno de los problemas centrales de la filosofía del derecho con vastas consecuencia en la organización jurídica del Estado de derecho.

Desde un enfoque general de la teoría no positivista o crítica puede afirmarse que la persona existe antes que el derecho, es decir, que es anterior en términos de existencia y temporalidad a su reconocimiento normativo. Desde esta perspectiva, la persona “es” en un sentido jurídico pre o metapositivo, y tiene derecho a ser reconocida por el ordenamiento legal.

La reconstrucción jurídica del concepto moderno de persona involucra cuestionamientos tales como: ¿qué entiende el derecho por persona?, ¿cuál es la

extensión que se le asigna?, ¿quiénes se encuentran comprendidos en su conceptualización?

Estos planteos presentan una problemática resolución, ya que la noción de persona ha sido sometida a los vaivenes de la historia y de la sociedad y a las teorías dominantes en un tiempo y espacio determinado, circunstancias todas estas que hacen que la construcción de la subjetividad se presente como un dilema constante y permanente.

En la tarea de precisar la dimensión ontológica del concepto de persona no es posible arribar a una solución pacífica y permanente puesto que su significado depende, ineludiblemente, de la perspectiva filosófica que se proyecte sobre el derecho.

A lo expuesto se agrega mayor complejidad si se repara en que la ciencia jurídica no se focaliza en el individuo singular, sino en las relaciones intersubjetivas o en la denominada relación jurídica. Como señala Viola (2015), el problema a resolver es aquel de la ley, es decir, de la fuente de coordinación de las acciones de los sujetos. Sin embargo, ello no depende solamente del modo de conceptualizar la subjetividad, pues para definir la relación entre los individuos se debe saber primero qué características tienen ellos y a quienes reconoce el derecho.

El presente trabajo pretende analizar el impacto que significó la sanción del Código Civil y Comercial sobre la extensión de la noción de persona. Para ello, será preciso indagar si el ordenamiento de derecho privado aprobado por ley 26.994,⁽¹⁾ el cual se encuentra adscripto al modelo constitucional y convencional del derecho cuya ideología subyacente es el pluralismo moral (Gil Domínguez, 2017), permite arribar a una resignificación del concepto de persona. A esos fines, se evaluará si el nuevo Código recoge en su articulado la subjetividad de las mujeres, niños, niñas y adolescentes, personas no heterosexuales y personas con restricción de capacidad, reconocidas todas ellas por el derecho internacional como personas en situación de vulnerabilidad.⁽²⁾

En este punto, la investigación procura trazar la diferencia entre el Código vigente y el Código Civil de Vélez Sarsfield, en cuyas disposiciones la noción de persona se identificaba con el hombre mayor de edad y capaz, y el único modelo de familia era el fundado en el matrimonio heterosexual con descendencia biológica o por adopción.

(1) Aprobada por el Congreso de la Nación el 1 de octubre de 2014, promulgada por decreto 1795/14 del 7 de octubre de 2014. El Código Civil y Comercial se encuentra vigente desde el 1 de agosto de 2015.

(2) Ver "100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad", elaboradas por la XVI Cumbre Judicial Interamericana realizada en Brasilia en 2008 a las que la Corte Suprema de Justicia de la Nación adhirió mediante acordada 05/2009. El Superior Tribunal de Justicia de la Pampa adhirió a estas reglas mediante acuerdo 3117, del 21/10/2011.

La propuesta involucra el análisis de las influencias del giro lingüístico y la teoría del cuidado en la conceptualización y diseño normativo de algunas de las instituciones más significativas del derecho privado, rescatando la importancia de la ley como fuerza restauradora de la subjetividad, poniendo de relieve que cuando el derecho reconoce a las individualidades, una construcción más amplia de la subjetividad es posible.

2. Recepción de la persona en el derecho privado

2.1. La persona en el Código Civil de Vélez Sarsfield

Expresa Lell (2017a) que se puede acceder a la conceptualización jurídica de persona a través de dos enfoques: el legal, verificando cómo los ordenamientos jurídicos definen este término, y desde el plano teórico-filosófico, analizando desde qué perspectiva metodológica y epistemológica los estudiosos y operadores del derecho se aproximan a la persona y la definen.

El Código Civil argentino (ley 340), vigente desde el 1 de enero de 1871 a l 31 de julio de 2015, definía a la persona desde una concepción positivista identificándola como “todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones” (art. 30).

La ideología subyacente en el cuerpo normativo inspirado en los principios liberales del siglo XVII⁽³⁾ postulaba que la subjetividad jurídica –tal como fue enseñada por Kelsen– era una mera construcción del derecho objetivo y la ciencia del derecho, que consideraba a la persona, en definitiva, como un centro de imputación de normas jurídicas.

Esta idea surge del antiguo derecho romano y también de las metáforas teatrales griega y romana que presentan a la persona como la máscara que permitía ejercer ciertos roles en el escenario. Como señala Lell (2018), desde esta perspectiva lo humano se escinde de la persona y se vincula solo con el ejercicio de ciertos papeles normativos en el escenario de posibilidades jurídicas.

La consagración de este enfoque no fue casual. Postula Viola (2015) que, en el devenir de la construcción del concepto de persona, la relación intersubjetiva se tornó necesaria para el desarrollo de la vida social y política y fue necesario darle recepción normativa. Esta parece ser la razón subyacente del contractualismo como una teoría de legitimación de la autoridad política respecto de los individuos separados y por naturaleza, al menos potencialmente, en conflicto.

En el universo de normas del Código Civil, la personalidad jurídica, en toda la extensión de sus efectos, estaba reservada al varón mayor de edad, capaz y

(3) El Código Civil redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield fue sancionado el 25 de setiembre de 1869 por ley 340 entrando en vigencia el 1º de enero de 1871. Sus principales influencias fueron el Código Civil francés, el Esbozo de Freitas, el Código Civil de Chile, el derecho romano y el derecho canónico.

heterosexual, siendo este el único individuo que reunía todas las características inherentes a la personalidad jurídica, y con posibilidad de ejercer las facultades reconocidas por el ordenamiento.

En los orígenes, el hombre, a diferencia de la mujer y otros grupos no reconocidos por el derecho, se hallaba habilitado para celebrar cualquier tipo de actos jurídicos, casarse, transmitir su apellido a su descendencia, ejercer la patria potestad sobre sus hijos, administrar y disponer de su patrimonio y del de su esposa e hijos, testar y heredar.⁽⁴⁾

El derecho privado argentino no reconocía en plenitud la subjetividad de las mujeres, los menores de edad, los homosexuales y los afectados por una enfermedad mental. Tampoco lo hizo, en sus orígenes, con relación a los hijos extramatrimoniales, quienes eran calificados de ilegítimos por provenir de un tipo de familia no reconocida por el derecho.⁽⁵⁾

Ciertamente, existían personas invisibilizadas por el Estado legislativo de derecho –quienes, en vigencia de un paradigma positivista y liberal, eran consideradas como objetos de derecho, o bien directamente no contaban con reconocimiento jurídico–.

Si bien las modificaciones efectuadas al Código Civil fueron contemplando en forma paulatina una ampliación de derechos para estos individuos, lo cierto es que, pese a cierta protección legal, continuaron interaccionando jurídicamente en una relación asimétrica de poder tanto respecto del Estado como con relación a otros sujetos a los cuales el derecho otorgaba un trato preferente.

Este modelo, caracterizado por una visión estrecha y fragmentada de la noción de persona, rigió aún después de la reforma constitucional de 1994 ya que, pese a la incorporación con rango constitucional de los tratados de derechos humanos (art. 75, inc. 22 CN), la subjetividad siguió presentando limitaciones. La persistencia del enfoque liberal en el ordenamiento privado encerraba una profunda contradicción lógica y un claro incumplimiento convencional, toda vez que para los instrumentos internacionales de derechos humanos la personalidad jurídica constituye un concepto natural y proveniente de la realidad, y la persona es considerada eje y centro de todo el ordenamiento jurídico.

2.2. La persona en el Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial de la Nación entró en vigencia el 1 de agosto de 2015.

La transición desde el paradigma de un Estado de derecho legalista al modelo constitucional y convencional de derecho permitió acceder a un concepto

(4) Así aconteció hasta las reformas introducidas al Código Civil por la leyes 11.357 (1924), 17.711 (1968), 23.264 (1985) y 23.515 (1987).

(5) La ley 14.367 (1954) suprimió parcialmente las diferencias entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales hasta la sanción de la ley 23.264, que las eliminó completamente.

jurídico de persona que había ido transmutando con el tiempo y en el contexto de sistemas normativos cada vez más complejos.

La conceptualización de persona no podía ya reducirse a un centro de imputación de normas jurídicas. Las obligaciones contraídas por el Estado argentino en el ámbito internacional, la incorporación del derecho internacional al derecho privado y la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos interpelaban a un cambio de paradigma en el diseño normativo del derecho privado.

Vinculado a ello, la existencia de enunciados propios de un modelo superado evidenciaban contraposiciones sustanciales en la estructura y aplicación de las instituciones de derecho civil, particularmente las vinculadas al derecho de familia.

En ese marco de ajuste normativo, no puede soslayarse que el campo semántico que se atribuya a la noción de persona impacta sobre el reconocimiento o no de ciertos derechos de los individuos (Lell, 2017b).

El poder del lenguaje como agente estructurante de la realidad, y su influencia sobre los discursos, fue advertido, en su momento, por los filósofos del “giro lingüístico”, para quienes el lenguaje deja de ser un medio, algo que se encontraría entre el sujeto y la realidad para convertirse en un léxico capaz de crear tanto el yo como la realidad. Para esta doctrina, las teorías científicas o los discursos metafísicos no descubren la realidad, sino que la crean (Scavino, 2000).

Puntualmente, en torno a la construcción de la subjetividad, la persona viene a ser un signo lingüístico que reviste un significado particular en el marco de una disciplina específica cuya configuración no es estática, sino que varía con el tiempo. Expresa Lell (2017a) que para Saussure la distinción entre los objetos es lo que permite comprender y demarcar el pensamiento respecto del mundo. Ello impone considerar que el signo lingüístico no puede ser aislado del sistema del cual forma parte. Así, una persona no podría definirse por su relación con el ser humano, sino por el vínculo de posición con otros términos jurídicos y por su identidad con otros elementos que puedan reemplazarlos.

A diferencia del Código Civil, que entendía a la persona como un centro de imputación normativa (art. 30) y que se encontraba definida –en términos de Saussure– por su identidad con otros elementos que pueden reemplazarlo, el Código Civil y Comercial que rige actualmente no establece definiciones sobre la persona humana.⁽⁶⁾

Sin embargo, la fuerza transformadora del lenguaje cobró evidencia en la redefinición de numerosas instituciones del derecho civil, cuya enunciación en el ordenamiento civilista anterior se encontraba atada a una perspectiva arcaica y contrapuesta a los derechos humanos.

(6) La persona jurídica es definida en el art. 141 CCyC.

Así, la necesidad de revisar términos adscriptos a un modelo normativo anticonvencional y que respondían a un modelo social patriarcal característico del Estado legislativo del derecho, motivó el abandono de nociones tales como patria potestad, tenencia, régimen de visitas, demencia y pupilar, y permitió elaborar un nuevo diseño del sistema de la capacidad de la persona humana contemplando la capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes y presumiendo la capacidad de ejercicio de los derechos de manera tal que la declaración de incapacidad quedara reservada para supuestos excepcionalísimos.⁽⁷⁾

Como se anticipó, el Código Civil y Comercial optó por no establecer un concepto de persona. La ausencia de una definición posibilitó la aproximación a la noción de persona a partir de la propia existencia humana.⁽⁸⁾ En esta inteligencia, argumenta Zambrano (2018) que el hombre y la mujer son personas en sentido jurídico, no solo dentro de los sistemas jurídicos positivos, sino también y fundamentalmente frente a ellos.

Esta perspectiva no positivista y respetuosa de los derechos humanos se refleja en el artículo 51 del Código Civil y Comercial que postula la inviolabilidad de la persona humana y garantiza que, en cualquier circunstancia, esta tiene derecho al respeto y reconocimiento de su dignidad. Dicha norma logró plasmar en el ordenamiento jurídico una mirada sobre la persona que venía siendo pregonada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con anterioridad a la reforma constitucional de 1994.⁽⁹⁾

La ampliación de la subjetividad jurídica que contempló el nuevo Código tuvo como antecedente la profusa legislación argentina que fue recogiendo derechos plasmados en los instrumentos internacionales de derechos humanos pertenecientes al ámbito de Naciones Unidas y al Sistema Interamericano de Derechos, pero que no habían sido incorporados aún al derecho interno.

Así, la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, la Ley 26.485 de Protección Integral de las Mujeres, la Ley 26.618 de Matrimonio Igualitario y la Ley 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida pre-

(7) Artículos 26 y 32 del Código Civil y Comercial

(8) En los Fundamentos del Proyecto del Código Civil y Comercial los miembros de la Comisión Reformadora expusieron las razones de la ausencia de definición al señalar: "Es que la noción de persona proviene de la naturaleza; es persona todo ser humano, por el solo hecho de serlo; y la definición de persona a partir de su capacidad de derecho confunde al sujeto con uno de sus atributos, amén de que da la falsa idea de que la personalidad del sujeto es concedida por el ordenamiento jurídico. La idea del Proyecto es por el contrario que la persona es un concepto anterior a la ley; el Derecho se hace para la persona que constituye su centro y su fin..." (en <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/fundamentos-primer.pdf>).

(9) En el fallo "Bahamondez, Marcelo s/ Medida Cautelar" (06/04/1993) el máximo tribunal nacional expuso que "el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental" (Lell, 2017).

pararon el escenario propicio para el establecimiento de un nuevo orden interno respetuoso de las obligaciones convencionales.⁽¹⁰⁾

En este sentido, en los fundamentos del proyecto los redactores del Código Civil y Comercial afirmaron que los valores axiológicos sobre los que se basó la legislación fueron establecidos en pos de lograr la constitucionalización del derecho privado, procurando crear un código para una sociedad multicultural (Herrera, 2015).

En materia de Derecho de Familia se brindó un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no podían permanecer ignoradas por el derecho, contemplándose la existencia de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista. Desde esta perspectiva, la legislación civil incorpora normas relativas a la filiación originada en técnicas de reproducción humana asistida, contempla la autonomía progresiva de los menores de edad, establece un sistema igualitario del matrimonio, permite a los cónyuges la posibilidad de optar por un régimen patrimonial diferente al de ganancialidad y reconoce, finalmente, modelos diferenciados de familia regulando las uniones convivenciales.⁽¹¹⁾

Puntualiza Herrera (2015) que el Código Civil y Comercial fue elaborado con perspectiva de género, reconociendo los derechos de la mujer como parte un grupo social en condiciones de vulnerabilidad, plasmando en su articulado el resultado de luchas, conquistas y consolidaciones promovidas por los movimientos feministas que habían conseguido amplia aceptación tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional.⁽¹²⁾

(10) Las normas enunciadas respetaron los lineamientos expuestos por la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer (Cedaw, 1979); Convención sobre los Derechos del Niños (1989), Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem Do Pará, 1994) y Convención sobre los Derechos para las Personas con Discapacidad (2006).

(11) Artículos 560/564 (filiación por técnicas de reproducción humana asistida), artículo 26 (ejercicio de los derechos por la persona menor de edad), artículo 402 (matrimonio de personas de igual o distinto sexo), artículos 446, inc. d, y 505/508 (régimen de separación de bienes) y artículos 509/528 (uniones convivenciales).

(12) Esta impronta se ha visto reflejada, por ejemplo, en el artículo 64 CCyC, que prevé la posibilidad de que el hijo lleve el apellido de la madre, del padre o de ambos. Se ha dicho que la perpetuidad de los apellidos de los varones no puede ser mantenida en un Código edificado sobre principios de derechos humanos como el de igualdad y no discriminación (Herrera, 2015). También, la perspectiva asumida ha permitido que la mujer, en condiciones de igualdad con el hombre, pueda optar por un régimen de separación de bienes (artículo 446, inc. d, CCyC), excluyéndose así la pertenencia a un régimen legal único y forzoso -que, en ocasiones, no se adaptaba a la conveniencia de la pareja o a uno de sus miembros, máxime considerando que la mujer se ha insertado en el mercado laboral con posibilidades de lograr un patrimonio producto de su capacidad técnica y/o profesional-. Otro aporte de importancia ha sido el reconocimiento del valor económico de las tareas del hogar en materia de obligación alimentaria a favor de hijos menores de edad (artículo 660 CCyC), actividades estas que son desarrolladas preponderantemente por las mujeres. Ante la vigencia de una obligación alimentaria dispuesta en cabeza de ambos progenitores, el progenitor/a que tiene a su cargo el cuidado de los hijos comunes puede contribuir al pago de los alimentos mediante la realización de tareas de cuidado, las que deben ser valoradas al momento de fijarse el valor de la cuota alimentaria.

La ampliación de la subjetividad propiciada por el Código Civil y Comercial involucró también a los menores de 18 años, avanzando en la consideración de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho, consagrando el principio de autonomía progresiva y posibilitando a estas personas el ejercicio, por sí, de ciertos actos permitidos por el ordenamiento jurídico, de acuerdo a criterios basados en la edad y grado de madurez suficiente.⁽¹³⁾ De esta manera, el ordenamiento asigna a los menores de edad un estatus acorde a las normas de la Convención sobre los Derechos del Niños de raigambre constitucional (art. 75, inc. 22 CN).

Por otra parte, la consideración de la persona desde la perspectiva de la dignidad humana provocó un efecto transformador en la regulación de las restricciones en el ejercicio de la capacidad jurídica.⁽¹⁴⁾ Se recogió el paradigma que había instaurado la Ley 26.657 de Derecho a la Protección de la Salud Mental,⁽¹⁵⁾ respetuosa de los lineamientos expuestos por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 CN),⁽¹⁶⁾ adoptándose un nuevo modelo en materia de salud mental. El esquema legal actual parte de la presunción de capacidad de todas las personas, exige al juez la enumeración precisa en la sentencia de los actos que la persona no podrá realizar por sí, fomenta un sistema de apoyos que posibilite la mayor autonomía del afectado, limita las posibilidades de internación y circunscribe la declaración de incapacidad para casos excepcionales y de extrema gravedad.⁽¹⁷⁾

Las personas no heterosexuales también fueron reconocidas por la nueva regulación, posibilitándoseles el ejercicio de sus derechos personalísimos y el derecho a conformar una familia en igualdad de condiciones, en sintonía con los lineamientos sentados por los instrumentos internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁽¹⁸⁾

(13) Artículo 26 CCyC: "...La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente pueden ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico..." (1° párr. y 2° párr., 1° parágrafo).

(14) Artículos 31 a 50 CCyC.

(15) La ley 26.657 fue sancionada el 25 de noviembre de 2010 y publicada el 3 de diciembre de 2010.

(16) Argentina adhirió a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo mediante ley 26378, sancionada el 21 de mayo de 2008 y publicada el 9 de junio de 2008. La ley 27.044, sancionada el 19 de noviembre de 2014 y publicada el 22 de diciembre de 2014, otorga jerarquía constitucional a este instrumento internacional.

(17) El artículo 32 CCyC, última parte, establece: "Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador".

(18) La nueva regulación civilista reconoce el derecho al nombre y cambio de sexo en base a la identidad autopercibida y el derecho a conformar una familia a través del matrimonio o la unión convivencial y el acceso sin discriminaciones de género a las técnicas de fertilización asistida y el instituto de la adopción. El art. 402 establece que ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos

En definitiva, la regulación civilista recogió el paradigma instaurado en los tratados de derechos humanos ampliando sustancialmente la noción jurídica de persona, extendiendo los alcances de su entidad desde una mirada multicultural, pluralista, no discriminatoria y respetuosa de la dignidad que merece el individuo por el solo hecho de ser persona.

3. Proyecciones del nuevo derecho privado. Autonomía y ética del cuidado

En una impronta expansiva de la subjetividad, Código Civil y Comercial establece como eje de su ordenamiento el respeto a la autonomía de las personas.⁽¹⁹⁾

Para este cuerpo legal, la construcción de una esfera de individualidad personal es un aspecto central del proyecto normativo (Lorenzetti, 2016). Existe una presunción de que el protagonista de las relaciones jurídicas intersubjetivas es un sujeto capaz y libre para decidir sobre lo que más convenga a sus intereses y cuyos derechos no encuentran restricciones por motivos de género, ideología ni orientación sexual.⁽²⁰⁾

Sin embargo, a la par de plasmar la autonomía de un individuo con posibilidades de autovalerse,⁽²¹⁾ el Código avanza en la incorporación de nociones provenientes de la “ética del cuidado”, cuyos planteamientos surgieron en la década de 1980 en el terreno de la psicología.⁽²²⁾ Expone Marin (1993) que esta corriente involucra un cuestionamiento a la teoría dominante -ética de la justicia- por su incapacidad de captar el desarrollo del razonamiento moral de las mujeres y su resistencia a concebir la responsabilidad y el cuidado como valores preponderantes de la sociedad.

Una de las ideas rectoras de esta teoría elaborada por Gilligan radica en la diferenciación de las moralidades femenina y masculina, lo cual repercute en las distintas formas de aprehender la realidad. Mientras que la moralidad femenina es esencialmente la del cuidado y de la responsabilidad, la moralidad masculina

y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció la validez de otros modelos de familia -v. “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, sentencia del 24 de febrero de 2012-.

(19) Artículos 22, 55, 56, 58, 561, 958, 2445 y otros del CCyC.

(20) Prueba de esta afirmación lo constituye el reconocimiento del principio de la capacidad progresiva de los menores (art. 26), la apertura del régimen de bienes en el matrimonio (arts. 505/508) y la autonomía contractual (art. 958).

(21) El Código Civil y Comercial reconoce el libre ejercicio de derechos a la persona mayor de 18 años (art. 25), aunque paradójicamente establece la obligación alimentaria de los padres a favor de los hijos hasta los 21 años (art. 658), extendiéndola hasta la edad de 25 años si el hijo se capacita técnica o profesionalmente (art. 663).

(22) Su principal referente: Carol Gilligan plantea una crítica a la teoría del desarrollo moral de Lawrence Kohlberg en la cual pretende demostrar que la Ética de la Justicia no es neutra ni universal así como que no existe una ética para lo público -la de la justicia- y otra para lo privado -la del cuidado- (Marin, 1993).

se encuentra impregnada de los conceptos de justicia, igualdad, equidad, valores estos que se presentan como universales en la sociedad (Faralli, 2002).⁽²³⁾

Como se expuso, el Código Civil y Comercial recoge en su articulado nociones de responsabilidad compatibles con esta corriente de pensamiento, reconociendo la necesidad de cuidado de los miembros del grupo social y la importancia de los procesos de reproducción y de sostenibilidad de la vida humana en el sistema social y económico. Esta impronta puede observarse en la ampliación de la obligación alimentaria de los hijos hasta la edad de 25 años, la acentuación de las obligaciones derivadas de la responsabilidad parental, la figura del progenitor afín, la mejora a favor del heredero con discapacidad y el diseño intrafamiliar de las redes de apoyo para las personas con restricción de capacidad,⁽²⁴⁾ entre otros aspectos normativos que reivindican nociones de responsabilidad y cuidado.

En este punto, cabe acotar que, desde el inicio de los procesos de industrialización y del establecimiento de la organización social moderna, las tareas de cuidado se encontraron a cargo de las mujeres a quienes históricamente le fueron asignados los atributos relativos de la sensibilidad, responsabilidad y empatía. En vigencia del siglo XX, la creciente participación de las mujeres en el mercado de trabajo fue generando la necesidad de revisar la problemática relativa a la asignación de las actividades de cuidado, ya sea analizando la posibilidad de delegación en otros referentes del grupo familiar, recurriendo a la contratación externa de servicios de cuidado, o bien reclamando la intervención del Estado a fines de conciliar las demandas del mercado laboral con los requerimientos de cuidado de los individuos y las posibilidades materiales de su satisfacción (Batthyány, 2009).

El nuevo ordenamiento civil, en procura de hacer efectivo el principio constitucional de no discriminación, extiende a los varones ciertas tareas propias de la organización familiar las que en vigencia del Código anterior se encontraban a cargo de las mujeres.⁽²⁵⁾ No obstante, pese a legislarse en base a criterios de igualdad,⁽²⁶⁾

(23) Los planteamientos actuales sobre la ética del cuidado ponen de manifiesto que la teoría dominante sobre el desarrollo moral en realidad no reflejaba el desarrollo de los individuos de la especie humana, sino en todo caso el de los varones, mientras que era incapaz de captar el desarrollo del razonamiento moral de las mujeres. (Gilligan, 2013).

(24) Artículos 658 y 6663 (obligación alimentaria), artículos 646/654 (deberes de los progenitores), artículos 672/676 (derechos y deberes de los progenitores e hijos afines), artículo 2448 (mejora a descendientes y ascendientes con discapacidad) y artículo 43 (sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad).

(25) El nuevo ordenamiento establece la obligación de cuidado de los hijos menores de edad en cabeza de ambos progenitores (artículos 648/651) eliminando la preferencia que otorgaba el Código velezano respecto a la madre con relación a los hijos menores de 5 años. Asimismo, el nuevo Código define las funciones del sistema de apoyos de las personas restringidas en su capacidad involucrando en el cuidado a familiares y otros tipos de vínculos afectivos, sin distinción de género (artículo 43).

(26) El derecho laboral no establece condiciones igualitarias en materia de cuidado. A título ejemplificativo, la licencia por maternidad y paternidad presentan una inconveniente brecha

la experiencia da cuenta de que las tareas de cuidado siguen recayendo fundamentalmente en las mujeres, en atención a las dificultades que presenta la estructura social para superar arraigados modelos estereotipados.⁽²⁷⁾

A ello debe añadirse que el reconocimiento legal de actores y actrices del derecho que se presumen portadores de igual voluntad y autonomía favorece a menudo la pasividad del Estado ante situaciones de asimetría entre individuos y que requieren de una activa implementación de políticas públicas a efectos de compensar los desequilibrios existentes.

La contradicción explícita en el estado de legislación actual amerita un debate sobre el abordaje de la autonomía de la voluntad como la característica más relevante de la subjetividad, aspecto que requiere una articulación con programas públicos que favorezcan la autonomía de los individuos y la funcionalidad de las familias. Finalmente, la persistencia de estereotipos discriminatorios con relación a las funciones diferenciadas que se asignan a la mujer y el hombre en la familia y en la sociedad interpelan a una reflexión acerca de la distribución de la responsabilidad en los cuidados y a una mayor intervención de las políticas del Estado para eliminar las diferencias.⁽²⁸⁾

4. Conclusiones

- Debe admitirse que el Código Civil y Comercial representó un avance en la ampliación de la subjetividad, ya que incorporó en una noción indefinida de persona a otros sujetos diferentes a los contemplados en el Código Civil de Vélez Sarsfield, elevando así a la categoría de sujetos de derecho a las mujeres, niños, niñas y adolescentes, personas con restricción de capacidad y no heterosexuales, quienes no contaban con pleno reconocimiento normativo en el Estado legislativo de derecho.
- El nuevo ordenamiento civil recogió la necesidad de establecer un nuevo campo semántico en la definición de los conceptos jurídicos provenientes de la parte general y del derecho de familia, logrando la transmutación de términos vinculados a un modelo social superado y rediseñando instituciones jurídicas cuya dinámica y estructura no respondían a las exigencias constitucionales.
- El derecho civil actual exhibe una visión pluralista y respetuosa de los derechos humanos plasmados constitucionalmente, reconociendo la autonomía

temporal considerando que la madre goza de 90 días corridos y el padre 2 días corridos por nacimiento de hijo (arts. 177 y 158 de la ley 20.744).

(27) Ver Evaluación del Comité para la Discriminación contra la Mujer. Informe periódico de la Argentina año 2016 (CEDAW/C/ARG/CO/7). Cabe señalar que existe un cuestionamiento sobre el papel regulador central de la reciprocidad en las sociedades capitalistas (Marin, 1993).

(28) Las denominadas políticas de conciliación proponen diseñar estrategias públicas para colaborar en determinadas tareas domésticas familiares. Por ejemplo, mayor número de guarderías o establecimientos de cuidado, servicios más amplios de atención a personas mayores o enfermas y políticas de empleo específicas para la población femenina (Carrasco, 2003).

de los titulares de las relaciones intersubjetivas e incorporando la noción de cuidado en cabeza de hombres y mujeres, sin distinciones derivadas del género.

- A fines de lograr la plena operatividad de los principios superiores que inspiran el Código Civil y Comercial sería necesario avanzar en la implementación de políticas públicas que propendan a la eliminación de estereotipos sociales y favorezcan la igualdad real de condiciones y posibilidades entre hombres y mujeres respecto al ejercicio de los derechos y obligaciones receptados en el nuevo ordenamiento. Un aporte interesante sería la promoción de “políticas de corresponsabilidad Estado, mercado y familias” en las tareas de cuidado de niños, adultos mayores y enfermos, que contribuyan a la transformación de la división sexual del trabajo, eviten la persistencia de roles tradicionales de género y favorezcan la organización funcional de las familias.
- Considero que la consolidación de los ajustes necesarios entre norma e implementación normativa propenderá a la realización de los valores fundantes de la nueva legislación, cuales son la dignidad y la autonomía de la persona.

5. Referencias bibliográficas

- Batthyány, K.** (2009). Género, cuidados familiares y uso del tiempo. *Uruguay desde la sociología VII*. DS-FCS-UDELAR, pp. 177-197.
- Carrasco, C.** (2003). La sostenibilidad de la vida humana: ¿Un asunto de mujeres? Mujeres y trabajo. Cambios impostergables. Recuperado el 18 de diciembre de 2018 de: <http://biblioteavirtual.clacso.org.ar/clacso/gt/20101012020556/2carrasco.pdf>
- Faralli, C.** (2002). La filosofía jurídica actual. De los años setenta a fines del siglo XX. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Revistas Científicas Complutenses. Universidad Complutense de Madrid*, vol. 3, pp. 133-215.
- Gil Domínguez, A.** (3 de abril de 2017). Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad. *Revista Jurídica La Ley*, año LXXXI, (63). Tomo La Ley 2017-B, pp. 1-3.
- Herrera, M.** (2015). El Código Civil y Comercial desde la perspectiva de género. *Revista Jurídica La Ley*, año LXXIX, (33). Tomo La Ley 2015-A, 927. Recuperado el 7 de enero de 2018 de: <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/05/MH.-%C3%B3digo-Civil-y-Comercial-perspectiva-de-g%C3%A9nero.pdf>
- Lell, H.** (2017a). El concepto jurídico de persona y el acercamiento de la ciencia del derecho (pp. 189-207). En L. Miranda (Ed.) *Metáfora y episteme. Hacia una hermenéutica de las instituciones*. Neuquén: Círculo hermenéutico.
- . (2017b). El concepto jurídico de persona y su jerarquía constitucional. *Letra*, año IV, (7), pp. 117-147.
- . (2018). El concepto de persona humana en el sistema jurídico interamericano. *Letra*, año V, (10), pp. 113-130.

- Lorenzetti, R.** (2016). *Fundamentos de Derecho Privado. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*. Buenos Aires: La Ley.
- Marin, G.** (1993). *Ética de la justicia, ética del cuidado*. Recuperado el 21 de diciembre de 2018 de: http://www.feministas.org/IMG/pdf/etica_de_la_justicia_y_etica_del_cuidado_gloria_marin.pdf
- Ruiz, A.** (2000). La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres. En Haydee Birgin (Comp.), *El derecho en el género y el género en el derecho*. Buenos Aires: Biblos.
- Scavino, D.** (1999). *La filosofía actual. Pensar sin certezas*. Buenos Aires: Paidós.
- Viola, F.** (1 de abril de 2015). El estatuto jurídico de la persona en la perspectiva histórica. *Derecho y Cambio Social*, año XII 2015, (40), pp. 1-20.
- Zambrano, P.** (2018). *Persona y Derecho. Diccionario Interdisciplinario Austral*, C. E. Vanney, I. Silva & J. F. Franck (Eds.). Recuperado de 5 de diciembre de 2018 de: http://dia.austral.edu.ar/Persona_y_derecho.8