De "ciudadanas incapaces" a sujetos de "igualdad de derechos". Las transformaciones de los derechos civiles de las mujeres y del matrimonio en Argentina

*Verónica Giordano**

INTRODUCCIÓN

Este artículo propone abordar el fenómeno de la creciente normativización de lo social poniendo el foco en las transformaciones de los derechos de las mujeres y del matrimonio en Argentina.

Durante la segunda mitad del siglo XX y lo que va del siglo XXI ha tenido lugar una transformación del orden social en la cual las mujeres han pasado de ser "ciudadanas incapaces" a sujetos de "igualdad de derechos". En ese lapso, el Estado constitucional, social, democrático y de derecho se ha modificado, más enfáticamente a partir de las transiciones a la democracia de los años ochenta y en reacción contra el neoliberalismo dominante en las últimas décadas. En América Latina, las innovaciones más recientes han provenido de países como Venezuela, Bolivia y Ecuador, que a través de un constitucionalismo de nuevo tipo han propuesto formas de radicalización de sus democracias (Ansaldi y Giordano, 2012).

En Argentina, en 1947 las mujeres accedieron a la condición de ciudadanas políticas, pero al no estar todavía habilitadas jurídicamente como personas con

---

*Verónica Giordano es profesora de la Facultad de Ciencias Sociales desde 1993. Actualmente se desempeña en las materias Historia Social Latinoamericana y Taller de Sociología Histórica de América Latina en la Carrera de Sociología. Es socióloga, magíster en investigación en Ciencias Sociales y doctora en Ciencias Sociales (UBA). Desde 2005 es investigadora del CONICET. Es autora de *Ciudadanas Incapaces. Los derechos civiles de las mujeres en Argentina, Brasil, Chile y Uruguay en el siglo XX* (Buenos Aires: Teseo, 2012). Y co-autora con Waldo Ansaldi de *América Latina. La construcción del orden* (Buenos Aires: Ariel, 2012). Es investigadora del Instituto de Estudios de América Latina y el Caribe (IEALC) (http://iealc.sociales.uba.ar/investigacion/investigadores/) y miembro de Comité Editorial de *el@tina. Revista electrónica de estudios latinoamericanos* (http://iealc.sociales.uba.ar/publicaciones/e-latina/).

capacidad civil plena, fueron durante largo tiempo "ciudadanas incapaces" (Giordano, 2012). La condición de capacidad civil plena fue reconocida en 1968, luego reforzada en los años de la transición democrática con las leyes de patria potestad compartida y divorcio vincular. A partir de la reforma de la Constitución de 1994, y la incorporación en dicho texto de los tratados internacionales de Derechos Humanos, la idea de ciudadanía como estructura pretendidamente universal de contención de derechos fue seriamente cuestionada (PNUD, 2004). A partir de allí se puede decir que las luchas sociales se concentraron, antes que en la incorporación en dicha estructura, en el reconocimiento de derechos específicos que se inscriben en el paradigma de la "igualdad de derechos". En este marco debe entenderse la sanción de la ley de matrimonio entre personas del mismo sexo de 2010.

Como corolario de lo anterior, en 2011, la presidenta Cristina Fernández de Kirchner dio a conocer la iniciativa de reforma del Código Civil.[1] Esta iniciativa reconoce una cantidad de derechos que desde hacía tiempo estaban planteados en distintos foros (como la agilización del trámite de divorcio) y otros de factura más reciente (como el mencionado matrimonio para personas del mismo sexo).

El artículo analiza el proceso de gran escala que hemos reseñado brevemente hasta aquí a partir de identificar tres instancias claves: 1926 y la sanción de la ley de Derechos Civiles de la Mujer, una ley específica pero limitada; 1968 y la reforma parcial del Código Civil, que proclamó la capacidad civil plena para las mujeres casadas; y 2010 y la sanción de la ley de matrimonio civil entre personas del mismo sexo, que ha dislocado los convencionales roles de varón y mujer dentro del matrimonio para abarcar otras identidades. El artículo se cierra con una reflexión sobre el proceso de reforma integral del Código Civil actualmente en pleno debate, considerándolo tanto punto de llegada como punto de partida para nuevas legislaciones.

LA LEY DE DERECHOS CIVILES DE LA MUJER DE 1926

Siguiendo la clásica definición de Scott (1990: 43-44), estudiamos los derechos civiles de las mujeres en Argentina como "punto de acceso a procesos complejos". Como sostiene la misma autora,

[1] En rigor, se trata de una reforma que involucra la reforma, la actualización y la unificación de los Códigos Civil y Comercial. Para abreviar, y porque nos interesa una mirada de larga duración de los derechos civiles de las mujeres y del matrimonio, aludimos simplemente a la reforma del Código Civil.

> son los *procesos* lo que debemos tener en cuenta continuamente. Debemos preguntarnos con mayor frecuencia cómo sucedieron las cosas para descubrir por qué sucedieron. (…) necesitamos considerar tanto los sujetos individuales como la organización social, y descubrir la naturaleza de sus interrelaciones, porque todo ello es crucial para comprender cómo actúa el género, cómo tiene lugar el cambio.[2]

En este sentido, el proceso de larga duración que este artículo analiza tuvo un importante hito el 22 de septiembre de 1926, cuando se promulgó la ley 11.357 conocida como Ley de Derechos Civiles de la Mujer. La ley amplió los derechos civiles de las mujeres pero no derogó el artículo 55 del Código Civil, que definía a la mujer casada como incapaz de hecho relativa (inc. 2), ni el artículo 57 que la subordinaba a la necesaria representación legal del marido (inc. 4).

El proyecto original había sido presentado por los senadores socialistas Juan B. Justo y Mario Bravo el 29 de septiembre de 1924. El 10 de junio del año siguiente, el diputado conservador Ángel Sánchez de Elía propuso formar una comisión especial para analizarlo. La comisión estuvo integrada por tres diputados y dos senadores y tuvo a su cargo la redacción de un nuevo proyecto basado en el anterior. Bravo ofició de presidente de la comisión y Sánchez de Elía de secretario. El nuevo texto quedó terminado el 27 de agosto y el 25 de septiembre el Senado lo aprobó por unanimidad, introduciendo sólo algunas modificaciones. La Cámara de Diputados discutió el texto aprobado en la Cámara alta al año siguiente. Entre junio y septiembre de 1926 tuvieron lugar los debates. Finalmente, el 1 de septiembre, los diputados lo aprobaron con un solo voto en contra y, días más tarde, el Senado lo ratificó. El 22 de septiembre de 1926 fue promulgado como ley 11.357.

Si bien es cierto que algunos antecedentes y la propia posición de Bravo ante el Congreso entrañaban una voluntad de cambio más profundo, la ley finalmente promulgada tuvo un carácter limitado y ceñido a modelizaciones de género tradicionales.

Las modificaciones que se introdujeron a lo largo del proceso legislativo obedecen a circunstancias de orden político y a circunstancias de orden cultural. Respecto de las primeras, la creación de la comisión interparlamentaria es un indicio de la necesidad del socialismo de consensuar sus iniciativas con otras fuerzas del espectro político, sobre todo para conseguir la aprobación del Senado, una institución sabidamente más apegada a posiciones conservadoras. Pero también es un indicio

[2] Los estudios de género muy excepcionalmente asimilaron la comparación de procesos de larga duración y macro-estructurales. Este artículo pretende hacer un aporte en este sentido y estimular miradas comparativas y de conjunto sobre Argentina y América Latina.

de las transacciones a las que dicha fuerza partidaria recurrió para mantener su potestad sobre la iniciativa frente a la competencia de un sector de la Unión Cívica Radical que había impulsado reformas del mismo tipo.[3]

Respecto de las circunstancias culturales, la doctrina en boga rechazaba transformaciones del estatuto civil de las mujeres que significaran una afectación de las relaciones de poder entre los sexos y de la estructura del matrimonio tal como ésta venía conservándose desde 1888. Ese año el matrimonio había sido sustraído del monopolio que sobre él ejercía la Iglesia católica y había pasado a la esfera de las regulaciones civiles. A pesar de que en ese momento hubo voces favorables a la legislación de la disolubilidad del vínculo conyugal, en este aspecto primaron las fuerzas conservadoras y el divorcio absoluto fue rechazado.

El 22 de julio de 1926, cuando el Congreso se disponía a debatir la ley de Derechos Civiles de la Mujer, el presidente Alvear firmó un decreto por el cual creaba una comisión encargada de redactar un anteproyecto de reforma integral del Código Civil.[4] El pensamiento de conspicuos juristas convocados por el Poder Ejecutivo para la tarea es testimonio cabal de los postulados doctrinarios en boga. Para Rodolfo Rivarola, "la desigualdad de los sexos" había "impuesto la desigualdad de las costumbres y la desigualdad de los derechos" (DSCD, 11 de agosto de 1926, p. 853). Para Juan Antonio Bibiloni, autor del primer borrador del anteproyecto, "pretender que nadie tiene que intervenir en la resolución de la mujer so color de que usa de su derecho, es caer en una petición de principio, porque si es ese un derecho de la mujer, no lo es de la esposa y de la madre" (Bibiloni, 1931: 77).

Así, la ley de Derechos Civiles de la Mujer fue sancionada con fuertes limitaciones. La ley estipuló algunas ampliaciones para las mujeres casadas (art. 3): patria potestad sobre hijos de un matrimonio anterior, ejercicio de profesión, oficio, empleo o industria "honestos" sin necesidad de autorización marital o judicial, administrando y disponiendo libremente del producto de esas ocupaciones, adquisición de toda clase de bienes con el producto de su profesión, oficio, empleo, comercio o industria, pudiendo administrar y disponer de estos bienes libremente, entre otros. Pero no consagró la capacidad civil plena. Las mujeres casadas seguirían siendo consideradas sujetos con incapacidad jurídica, subordinadas a la representación legal del marido.

---

[3] En 1924, poco antes de la presentación del proyecto de Bravo y Justo, el diputado radical personalista Leopoldo Bard presentó una iniciativa que establecía la capacidad plena para las mujeres casadas.

[4] La tarea concluyó en 1936, bajo la presidencia de Agustín P. Justo, pero la iniciativa fue ampliamente rechazada y finalmente abandonada.

Si la incursión de las mujeres en el mundo del trabajo (y su correlato: dotarla de derechos para administrar su salario) fue aceptado como un mal menor, quienes más se empeñaron en moderar la reforma advertían "peligros" mayores que la consigna de igualdad de derechos entrañaba: el divorcio vincular y el sufragio femenino.

En estas circunstancias, los defensores de la ley en el Congreso (conservadores, radicales y socialistas), con el senador Bravo en primera línea, optaron por declinar sus aspiraciones de cambio más profundo. Por su parte, las mujeres, desde hacía un tiempo enroladas en el denominado primer feminismo, acompañaron el proyecto por fuera de la vía parlamentaria, pues esta les estaba vedada en razón de la inhabilitación para elegir y ser elegidas.[5] A pesar de sostener también ellas posiciones de cambio de más largo alcance, la exclusión de la participación política fue una barrera infranqueable y un obstáculo para imponer sus demandas.

LA REFORMA PARCIAL DEL CÓDIGO CIVIL DE 1968

Para comprender el desarrollo de los derechos civiles de las mujeres como un elemento de un proceso más complejo de creciente normativización de lo social, proponemos asumir una perspectiva de "hibridación de disciplinas" (Dogan y Pahre, 1993). En particular, la hibridación de la sociología jurídica con una nueva "ola" de sociología histórica que dialoga con los estudios de género (Adams, Orloff y Clemens, 2005) y que es de gran productividad para abordar la complejidad de los procesos (Scott, 1990).

La categoría género permite la visibilización y la visión de procesos históricos que en las corrientes principales de cada una de las disciplinas matrices (la sociología, el derecho y la historia) quedan ocultos o desdibujados. Para ilustrar esto, pensemos, por ejemplo, en los momentos de la ciudadanización: avance de los derechos civiles con el Código Civil de 1869; avance de los derechos políticos con la "Ley Sáenz Peña" de 1912; y avance de los derechos sociales con las leyes del primer peronismo (1946-1955). Mirada desde la perspectiva de género, esta secuencia muestra otros momentos relevantes: sanción del sufragio femenino en 1947, extensión de la capacidad civil plena a las mujeres casadas en 1968, sanción del matrimonio entre personas del mismo sexo en 2010, por mencionar sólo tres elementos distintivos.

[5] Específicamente, el Centro Socialista Femenino convocó a una conferencia titulada "Pro derechos civiles de la mujer" a celebrarse el 10 de agosto de 1926, en pleno proceso legislativo.

Observemos con más detenimiento la reforma de 1968. Ese año, el Código Civil fue sometido a una reforma parcial. El Código vigente era obra del jurista Dalmacio Vélez Sarsfield, a quien el presidente Bartolomé Mitre le había encomendado la monumental tarea en 1864. En 1869, el Congreso aprobó el proyecto elaborado por Vélez a libro cerrado. Y, en 1871, bajo la presidencia de Domingo F. Sarmiento, el Código Civil entró en vigencia.

Vélez se inspiró en diversas fuentes pero no las copió textualmente (a diferencia de otros países de América Latina, cuyas leyes civiles sí estuvieron tomadas literalmente de otras fuentes, fundamentalmente del Código de Napoleón de 1804). Específicamente, interesa señalar la originalidad del codificador argentino respecto del régimen de propiedad dentro del matrimonio.

Aunque siguiendo la doctrina fuertemente patriarcal de su época, que otorgaba la administración de los bienes exclusivamente al marido, Vélez dotó de ciertas cuotas de poder a las mujeres dentro del matrimonio al instituir el régimen de participación en los gananciales como régimen legal. Asimismo, el legislador "abrió una rendija" en el cerrado sistema de sujeción de las mujeres casadas a la autoridad del varón al admitir la posibilidad de pactar convenciones al momento del matrimonio (art. 1217, inc. 2). Así, la mujer casada "podía administrar algún bien raíz suyo anterior a aquél o adquirido por título propio después" (Barrancos, 2000: 1). En efecto, se trata solamente de una "rendija" pues las convenciones matrimoniales nunca fueron de uso y costumbre extendidas en Argentina.

En materia de derechos de las mujeres, este Código tuvo dos modificaciones sustantivas en los años posteriores. La primera fue la ya mencionada sanción del matrimonio civil en 1888. Al definir al matrimonio como un contrato privado celebrado con el consentimiento de las partes, las mujeres firmantes eran consideradas como sujetos de derechos con autonomía jurídica. No obstante, la autonomía se desvanecía automáticamente. Al convertirse en esposa, por la misma ley civil, la mujer quedaba subordinada a la potestad del marido (un estatuto casi igual al de los menores). La segunda modificación tuvo lugar en 1926, con la ley arriba mencionada, que amplió la esfera de la autonomía contractual. Pero como el varón continuó siendo el representante exclusivo de la sociedad conyugal y la mujer continuó afectada por la cláusula de incapacidad jurídica, esta reforma tuvo un alcance limitado, y en caso de conflicto, eran los jueces y la interpretación que estos hacían de la ley quienes definían las posiciones. Como se ha dicho, la igualdad de derechos no era el principio que inspiró a los reformistas y mucho menos era una idea extendida entre los miembros del Poder Judicial.

La reforma parcial del Código Civil realizada en 1968 fue una instancia significati-

va en el recorrido de los derechos de las mujeres.[6] Ese año, el presidente de facto Juan Carlos Onganía, haciendo uso de las facultades legislativas que le otorgaba el Acta de la autoproclamada Revolución Argentina, firmó el decreto ley 17.711 que presentaba una reforma parcial del Código Civil. Entre otras cuestiones, esta reforma consagró la "capacidad jurídica plena para la mujer mayor de edad cualquiera sea su estado civil".

La iniciativa retomaba las modificaciones sugeridas y ampliamente debatidas en la comunidad de juristas. Fundamentalmente, se tomaban en cuenta las recomendaciones del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil de 1961, uno de los principales foros del país en la materia.[7] El propósito era "elaborar las bases doctrinarias que significan el aporte de los juristas del país a los diversos problemas que plantea el progreso de nuestras instituciones civiles" (Moisset de Espanes, s/f).

El decreto fue dado a conocer la noche del 23 de abril por un mensaje en cadena nacional del ministro del Interior y mentor de la reforma, el jurista Guillermo Borda. La reforma estaba hecha pero la opinión pública la recibió con críticas. Fundamentalmente, se señalaba la falta de consulta previa a los especialistas por fuera del reducido círculo que rodeaba al presidente. Más tarde, Borda (1971: 15) justificó los hechos del siguiente modo:

> (…) la consulta hubiera sido inútil. Habría dado una espléndida ocasión para suscitar un debate político sobre la reforma y para que ésta en definitiva se frustrara. (…) si el proyecto de ley se entregaba a la discusión pública o se intentaba ajustar a la Reforma todo el articulado del Código, la tarea se hubiera prolongado meses, quizá años.

Es evidente que el debate político no era un instrumento predilecto del régimen vigente. Pero también es cierto que las posiciones doctrinarias de Borda eran afines a la ideología dominante. Según señala Cárcova (1998: 29), Borda se inscribe entre aquellos juristas que sostienen "el principio según el cual la ley debe ser aplicada porque es obligatoria, con independencia del conocimiento que los súbditos tengan de su existencia". Para Cárcova este principio está

[6] Había habido dos proyectos de reforma integral del Código Civil, pero estos no prosperaron. Uno fue el mencionado proyecto de 1936. El otro fue el Anteproyecto de 1954, elaborado por un cuerpo de juristas encabezado por Joaquín Llambías. En este caso, las contradicciones dentro del peronismo y luego el golpe de Estado de 1955 dejaron sin efecto la iniciativa.

[7] El primero fue en 1927, para discutir la ya mencionada iniciativa de reforma integral del Código propuesta por el presidente Marcelo T. de Alvear en 1926. El segundo fue en 1937, para discutir el Proyecto de 1936 que el presidente Agustín P. Justo intentó impulsar infructuosamente. En todas las ocasiones, la institución sede fue la Universidad de Córdoba.

> vinculado al modelo de un Estado autocrático en el que la legitimidad de los mandatos remite exclusivamente a su origen y no a sus formas o sus efectos, tampoco a sus procedimientos o a los contenidos que transmiten. En efecto, en un sistema autocrático lo único relevante en relación con la virtualidad de una norma es si ella emanó de la voluntad del soberano, del príncipe, del *Führer*, etc., y no si satisface, por sí misma o por el mecanismo empleado en su creación o por las consecuencias que pueda previsiblemente atribuírsele, determinada condición.

La reforma de 1968 estuvo enmarcada en un programa de modernización autoritaria que impulsó la dictadura de Onganía. A diferencia de la reforma de 1926, en este caso las mujeres estuvieron prácticamente ausentes del proceso. La extensión del voto femenino en 1947 no había significado la extensión de la participación política (Valobra, 2010). Si las mujeres habían tenido una fuerte presencia en el Congreso durante el segundo gobierno de Perón, proscripto el peronismo, durante los períodos constitucionales siguientes (1958-1961 y 1963-1966), la participación femenina en el Congreso bajó considerablemente: 2 diputadas en 1962; 1 en 1963; 4 en 1965; y en el Senado, ninguna) (Marx, Jutta y Caminotti, 2007: 52). En este contexto, los movimientos de mujeres, que habían tenido influencia y habían articulado sus reivindicaciones ante el Estado en los años previos, ahora estaban muy debilitados. Así, en 1968, aun cuando como es obvio la participación política estaba conculcada, tampoco hubo voces femeninas manifestándose en los foros públicos admitidos por la dictadura.

La reforma parcial del Código Civil decretada en 1968 fue un acto "autocrático".

Y la doctrina en boga todavía era reacia a incorporar nociones de igualdad de derechos. Según explica Borda (1971: 418), "el principio de la igualdad jurídica de los cónyuges no obsta a que la ley reconozca la prevalencia de alguno de ellos". Así, el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos y la elección del domicilio conyugal seguían siendo atribuciones exclusivas del varón. Así, también, se entiende que prácticamente al mismo tiempo que se estipuló la capacidad civil plena se estableció la obligación de la mujer a usar el apellido del marido (ley 18.248 de 1969).

LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO DE 2010

Una perspectiva de hibridación de disciplinas como la que este artículo propone supone la aplicación de la "visión" y el "método" de la sociología histórica (Skocpol, 1991) a la investigación en el campo del derecho y de las ciencias jurídicas. Pero también supone una concepción de lo jurídico que sostiene que el fenómeno legal es un fenómeno social y que la génesis y la configuración del derecho

resultan de la correlación entre las condiciones sociales y los conflictos propios de una trama de relaciones diversas, por un lado, y el orden jurídico disponible, por el otro. Al respecto, desde el campo de la sociología, Bourdieu (1986: 3) plantea:

> Las prácticas y los discursos son en efecto el producto del funcionamiento de un campo cuya lógica específica está *doblemente determinada*: de una parte, por las relaciones de las fuerzas específicas que le confieren su estructura y que orientan las luchas de competencia o, más precisamente, los conflictos de competencia del cual éste es lugar y, de otra parte, por la lógica interna de las obras jurídicas que delimitan en cada momento el espacio de los posibles y, con ello, el universo de soluciones propiamente jurídicas" (el subrayado es mío).

Asimismo, desde el campo del derecho, Cárcova (1998: 118) postula una visión en sintonía con el planteo de Bourdieu:

> una concepción más abierta y *porosa* del derecho permite integrar la multiplicidad de sentidos que provienen de prácticas societales distintas de las que son propias y reservadas a la gestión del Estado, que pugnan por reconocimientos, o expresan reivindicaciones o, al contrario, intentan preservar privilegios, etc. Se preserva la especificidad de lo jurídico, sin mutilarlo, al reconocer su articulación con los niveles del poder y de la ideología (…) (subrayado en el original).

Desde esta perspectiva, entendemos que la sanción de leyes y las reformas de los Códigos que las compilan expresan algo más que un simple cambio normativo. Pero también entendemos que la comprensión de este punto de ningún modo debería conducir a desestimar la especificidad teórica del derecho.

En 1992, la jurista feminista Facio (1992: 53) señalaba un viraje de posiciones del movimiento de mujeres respecto del derecho:

> Aunque podría decirse que el movimiento de mujeres en América Latina se ha mantenido alejado del análisis del Derecho –en general, las mujeres no lo hemos visto como un instrumento de liberación– estamos empezando a ver en el Derecho un instrumento de cambio (…).

A continuación, la jurista invitaba a "analizar el contenido sustantivo del Derecho".

Más allá del debate que la afirmación de Facio puede entrañar[8], lo cierto es que en la denominada era neoliberal, el viraje que la autora observa en relación con

[8] En Argentina, por ejemplo, abundan los ejemplos de mujeres que se han comprometido con el análisis del derecho y que lo han utilizado como un instrumento para transformar la realidad "con perspectiva de género".

el movimiento de mujeres operó en una escala más amplia y abarcó movimientos sociales de distinta índole. En los años recientes, las luchas por la igualdad de derechos llevada a cabo por los movimientos sociales englobados en la categoría género, de mujeres, feministas y por la diversidad sexual, han contribuido a develar la "opacidad del Derecho", utilizando como "estrategia central" la "lucha por los derechos" (Cárcova, 1998: 42). Un ejemplo que ilustra claramente este punto es el matrimonio entre personas del mismo sexo o matrimonio "igualitario", incorporado a la legislación argentina recientemente. Otro ejemplo es el aborto legal, gratuito y seguro, que a diferencia del instituto antes mencionado todavía es una deuda del Estado constitucional, social, democrático y de derecho en Argentina.

Observemos con más detenimiento la sanción de la ley de matrimonio entre personas del mismo sexo. Desde la transición a la democracia, hubo dos leyes que modificaron sustantivamente las disposiciones del Código en relación con el matrimonio: la ley 23.515 de divorcio vincular de 1987 y la ley 26.616 de matrimonio entre personas del mismo sexo de 2010. En distintas circunstancias, y por razones también distintas, ambas leyes resultaron del activismo que durante las décadas previas, en contextos de desmovilización y represión por parte del Estado, había animado a los movimientos sociales de mujeres, feministas y por la diversidad sexual.

A diferencia del matrimonio igualitario, que es una demanda de cuño más reciente, el divorcio vincular en Argentina era una reivindicación histórica. El mismo año en que se legisló sobre matrimonio civil (1888), hubo un proyecto que puso sobre el tapete la cuestión del divorcio absoluto. El país incluso había tenido una fugaz experiencia de divorcio vincular en 1954, cuando por iniciativa del peronismo en el gobierno se incorporó esta figura en la legislación (art. 31, ley 14.394). Ella se inscribía en una concepción del derecho vinculada a la noción de Estado Social de Derecho, que el peronismo imprimió primero en la Constitución de 1949 (art. 37) y luego a través de leyes como la mencionada. En esta concepción se contemplaba aumentar la esfera de libertad personal y de igualdad entre varones y mujeres, pero a través de mecanismos que, antes que encumbrar los derechos individuales, proponían a la familia como sujeto de derecho.[9]

Con el golpe de Estado de 1955 la disposición sobre divorcio vincular fue derogada. No obstante, siguieron su curso las ideas acerca de la necesidad de una reforma que, sin llegar al extremo de admitir la disolución del vínculo, permitiera dar solución a la realidad de matrimonios celebrados en países extranjeros y agi-

[9] Incluso, hay indicios que señalan la asimilación, más allá de los límites que la norma establecía, de posiciones divorcistas en la aplicación de la ley, siempre en nombre de la familia como "célula" de la sociedad (Giordano y Valobra, 2013).

lizar los trámites de solicitud de separación personal que se acumulaban en los despachos de los juristas. En 1968, en el gobierno de la dictadura, algunos miembros de la comisión designada para la reforma del Código y el propio ministro Borda sostuvieron firmemente el principio de indisolubilidad del matrimonio. Pero Borda y la Comisión aceptaban una fórmula intermedia en la tramitación de la separación personal de los esposos (la única forma de divorcio legalmente admitida). Esa fórmula era la de mutuo consentimiento. Para evitar un conflicto con la Iglesia católica, que a través del Episcopado tomó parte activa en las reuniones de la comisión, el gobierno la rechazó de plano.[10] Finalmente, Borda logró introducir la fórmula de "presentación conjunta", que en los hechos en cierto modo funcionó como separación consensual.

Así, cuando en 1987 se aprobó la ley que estableció el divorcio vincular, este se erigió sobre la base de una legislación que con pasos lentos y muy tímidos había avanzado en la aceptación de que el matrimonio no era un instituto exclusivamente normado por el amor romántico. También la opinión pública, a través de revistas especializadas y medios de comunicación en general, y el Congreso, a través de numerosos proyectos legislativos, avalaban la necesidad de legislar sobre divorcio vincular (Cosse, 2009). En los años ochenta, el fervor de la democratización en curso fue marco de legitimación suficiente para convertir la reivindicación en ley. La sanción de la ley de divorcio de 1987 fue un paso inicial hacia la democratización de las relaciones sociales sexuadas (Pecheny, 2009). La sanción de la ley de matrimonio entre personas del mismo sexo de 2010 la reafirmó de modo contundente y con efectos todavía hoy en proceso de asimilación.

Como señalan, entre otros, Jones y Vaggione (2012: 523), "desde la década de 1990, la histórica consigna del feminismo *lo personal es político* ha penetrado en la construcción del campo político en América Latina, al lograrse que las formas de regular la sexualidad y la reproducción sean materia de debate público". En este contexto, con la consigna "los mismos derechos con los mismos nombres", un grupo de activistas luego reunido en la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT), comenzó una lucha cuyo eje sería la "igualdad de derechos".

El primer peldaño alcanzado en esa lucha fue la consagración de la unión civil en las legislaciones de varias ciudades del país: Buenos Aires (2002), primero y Río Negro (2003), Carlos Paz (2007) y Río Cuarto (2009), después. Las cuestiones más

[10] Al respecto, Borda (1971: 427) afirma que "en verdad, el propósito de la Comisión fue establecer lisa y llanamente la separación por mutuo consentimiento y así lo disponía el primer texto que se elevó a la firma del presidente".

escabrosas que se planteaban al pretender avanzar hacia la fórmula de matrimonio igualitario eran la herencia, la pensión, la obra social y más primordialmente la adopción, que no estaban consideradas en la noción de unión civil. Más tarde, la presentación en el Congreso de un proyecto que planteaba el reconocimiento del matrimonio para parejas del mismo sexo fue otro paso significativo hacia la afirmación de sus demandas. El proyecto estuvo impulsado por el diputado Eduardo Di Pollina (Partido Socialista) y las diputadas Silvia Augsburger (del mismo partido) y Vilma Ibarra (del bloque oficialista). Pero como muchos autores coinciden en señalar, la ley aprobada en 2010 fue producto de la convergencia coyuntural de varias estrategias de lucha (en el ámbito legislativo, judicial y mediático) de fuerzas mancomunadas: movimientos sociales y representaciones político-partidarias; y de valores: la igualdad de derechos.[11] La consigna "los mismos derechos con los mismos nombres" levantada por los movimientos LGTB encontraba eco en una de las banderas más prominentes del kirchnerismo en el gobierno: "el derecho a la igualdad". Así lo ilustra el siguiente fragmento del discurso de la legisladora oficialista Liliana Fellner, que defendió la controvertida fórmula de matrimonio civil en los debates en el Senado:

> Seguramente, en esta larga sesión que hoy vamos a tener, escucharemos hablar de muchas cosas. Pero, realmente, de lo que vamos hablar, de la esencia, de lo que finalmente estamos hablando, es de uno de los derechos fundamentales que todos tenemos como personas, que es el *derecho a la igualdad*; del derecho que tenemos como habitantes de este suelo argentino a la igualdad ante las leyes de este Estado, que por otro lado *es un derecho consagrado en nuestra Constitución*, que hemos ratificado a través de una serie de tratados internacionales (DSCS, 15 de julio de 2010, p. 26).

Tal como sostienen Pecheny y Dehesa (2010), la sanción del matrimonio para personas del mismo sexo constituye un paso crucial en el proceso de disociación de la sexualidad y la reproducción. Y, como antes la ley de divorcio de 1987, es un derecho que se fundamenta y legitima en la Constitución y el derecho a tener derechos que ella avala. No obstante, el proceso no ha estado exento de contradicciones. Todavía queda sin respuesta la regulación del aborto legal, gratuito y seguro. Convicciones personales, el peso de la Iglesia católica y los costos electorales de una ley fuertemente resistida en toda la región han mostrado ser un límite para una fuerza política como el kirchnerismo que, en otros planos, ha llevado adelante transformaciones pioneras: a la sanción de la ley de matrimonio igualitario (después de Canadá, Argentina fue el primer país de América que tuvo una ley tal) se sumó la ley de identidad de género.

[11] Al respecto puede consultarse Bimbi (2010) y Aldao y Clérico (2010).

COROLARIO: ARGENTINA ANTE LA ELABORACIÓN DE UN NUEVO CÓDIGO CIVIL

Cuando en 1869 la obra de Vélez Sarsfield se aprobó a libro cerrado, se establecieron también algunos dispositivos orientados a canalizar las eventuales críticas y enmiendas. Así, se esperaba que la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales de la Nación y los de las Provincias presentaran sus informes al Congreso y al Poder Ejecutivo al respecto. Y se estableció que el Poder Ejecutivo tendría la facultad de designar una Comisión Especial para que estudiara las modificaciones necesarias en un plazo que no debería superar los cinco años. Pero esto no ocurrió y el Código solo fue transformado parcialmente y a partir de leyes especiales.

Cuando en 1926 se debatió en el Congreso la ley de Derechos Civiles de la Mujer, uno de los puntos que suscitó álgidos intercambios entre los legisladores fue el de la técnica a seguir. En esa oportunidad, el diputado demócrata-progresista Francisco Correa sostuvo: "Si el mejor sistema de introducir reformas en el código es el de las leyes especiales entiendo, también, que es necesaria la revisión periódica del código, para ajustarlo, para darle las perfecciones técnicas que no pueden esperarse del Parlamento" (DSCD, 13 de agosto de 1926, p. 109).

El legislador se refería a la tensión que se había producido al converger dos iniciativas aparentemente contradictorias: la discusión en las Cámaras en agosto de 1926 del proyecto inicialmente presentado por los senadores socialistas y la iniciativa del Poder Ejecutivo de julio de ese mismo año de crear una Comisión para el estudio de una reforma integral del Código Civil. La muerte de Juan A. Bibiloni, el jurista designado para la elaboración del anteproyecto, interrumpió por un tiempo el trabajo de la Comisión. Y a pesar de que esta lo retomó y en 1936 entregó al presidente Agustín P. Justo el proyecto terminado, cuestiones de política coyuntural impidieron que la iniciativa siguiera su curso. Entre esas cuestiones, una no menor fue la intención del presidente de someter el Proyecto a la aprobación a libro cerrado.

A propósito de la reforma parcial del Código Civil decretada en 1968, como se ha dicho, muy criticada por la falta de consulta previa, la cuestión de una reforma integral estuvo en consideración. Al respecto, el jurista Borda (1971: 15) sostuvo:

> Que una obra legislativa se concrete o se frustre, depende casi siempre de la convicción de su necesidad por parte de quienes ostentan el poder político. Los que lo detentaban en 1968 la tenían. Pero si el proyecto de ley se entregaba a la discusión pública o se intentaba ajustar a la Reforma todo el articulado del Código, la tarea se hubiera prolongado meses, quizá años.

La reforma finalmente fue parcial y obedeció, como se ha dicho antes, a un poder "autocrático".

Después de largos años y de intentos frustrados de llevar adelante una reforma integral del Código Civil, el 7 de junio de 2012 la presidenta Cristina Fernández de Kirchner se dirigió ante el Congreso de la Nación para solicitar que este tratase el proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial elaborado por la Comisión Especial que se había puesto en marcha el 23 de febrero de 2011.[12] Dicha comisión estuvo presidida por Ricardo Lorenzetti e integrada por Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, dos notables juristas. Ellos, con la participación de 111 especialistas que hicieron aportes específicos, elaboraron el proyecto que actualmente está en debate.

Como se ha dicho, hubo intentos anteriores, tanto los mencionados arriba como otros que se sucedieron a partir de la democratización de 1983, pero todos quedaron truncos.[13] Hoy Argentina está muy cerca de concretar la reforma del Código Civil.

Uno de los elementos relevantes, aunque decididamente no el único, a la hora de evaluar las condiciones de posibilidad para que dicha reforma finalmente se encamine con fuerza es el fenómeno conocido como nuevo constitucionalismo latinoamericano. En su mensaje al Congreso, Cristina Fernández inscribió la iniciativa en las corrientes de transformación de la región: "es un código con identidad cultural latinoamericana, destinado a integrar el bloque cultural latinoamericano".[14]

Según explican Viciano y Martínez (2010), el nuevo constitucionalismo es un fenómeno que no refiere a una realidad estática sino que por el contrario está en evolución desde la segunda posguerra. Se trata de la evolución del concepto de Estado constitucional, social, democrático y de derecho, cuyos referentes fueron la Constitución española de 1978 y la Constitución brasileña de 1988 –ambas surgidas del proceso de transición a la democracia desde regímenes autoritarios y dictatoriales. Y que en la actualidad se expresa en los procesos constitucionales de

[12] Decreto Nº 191 de Creación de la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Publicado en el *Boletín Oficial* el 28 de febrero de 2011.

[13] En 1987 se presentó un Proyecto de Unificación ante la Cámara de Diputados. En 1993, se presentó otro proyecto elaborado por la Comisión Federal de la Cámara de Diputados. Por su parte, el Poder Ejecutivo firmó dos decretos al respecto, en 1992 y en 1995.

[14] Y más adelante, sostiene: "se han incorporado nociones propias de la cultura latinoamericana así como una serie de criterios que se consideran comunes a la región". Entre esas nociones, refiere a los derechos de las comunidades originarias, aunque precisamente este ha sido uno de los elementos más resistidos.

Venezuela, Bolivia y Ecuador con un nuevo cariz (de ahí la denominación "nuevo" constitucionalismo).

La reforma del Código Civil que está en debate hoy en Argentina se inscribe en este corpus de ideas. Según expresó la presidenta en el citado mensaje:

> El concepto predominante siempre ha sido el Estado de derecho, mientras que en la actualidad debe priorizarse al *Estado constitucional, social, democrático y de derecho*, dado que sin sociedad y sin democracia nunca puede haber derecho. Derecho que debe reflejar los problemas cotidianos que tiene la sociedad.[15]

Esta declaración sumada a la anterior que refiere a la intención de integrar el bloque cultural latinoamericano parece enmarcar la reforma en curso en el nuevo giro del constitucionalismo. Legitimada en este universo ideológico y simbólico, la reforma del Código Civil parece estar tomando un rumbo firme. Así, el nuevo Código aparece como punto de llegada del largo proceso que hemos reseñado en los apartados anteriores colocando como mojones las reformas de 1926, 1968 y 2010. El texto es resultado de un proceso democrático en el que se ha dado amplia participación a distintos sujetos y actores sociales. Indudablemente, en el lapso recorrido, los derechos de las mujeres y el matrimonio se han transformado significativamente y el nuevo Código parece recoger esas transformaciones: simplificación de los trámites de divorcio, opción por el régimen de separación de bienes, igualdad de los sexos en el matrimonio.

El nuevo Código es también punto de partida, o puede serlo, para nuevas legislaciones que radicalicen aún más la disociación entre sexualidad y reproducción. Es cierto, como bien sostiene la jurista Nelly Minyersky, que "no se puede legalizar el aborto en el Código Civil", porque en tanto delito, pertenece al campo del derecho penal.[16] Pero también es cierto que el nuevo Código parece traer consigo una "de-construcción de la idea de maternidad", como sostiene la filósofa feminista Diana Maffía.

La aguda mirada de Maffía señala un punto clave: el nuevo Código "incorpora el concepto de voluntad procreacional". La especialista sostiene que dicho concepto refiere a "una libertad interior, una decisión personal, a una racionalidad o a una emocionalidad que maneja la propia persona". Y añade: "también podríamos pensarlo en relación al aborto, si la voluntad procreacional es prioritaria con respecto a la mera biología, entonces la voluntad procreacional de una mujer tendría que

[15] Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional Nº 884/2012.

[16] Tomado de "El aborto: eje del debate" por Sonia Santoro para *Página/12*, 13 de mayo de 2012.

ser prioritaria con respecto a la mera existencia de un embrión. Esa progresión biológica tendría que estar tamizada por si esa mujer o pareja quiere o no quiere ser madre".[17]

Estos señalamientos pertenecen por el momento al orden de las especulaciones. No hay indicios firmes de que la despenalización del aborto y el derecho a decidir la interrupción voluntaria del embarazo estén considerados entre las transformaciones jurídicas de Argentina. El nuevo constitucionalismo latinoamericano, que es marco de dichas transformaciones, tampoco se ha pronunciado abierta y firmemente a favor del aborto legal, libre, gratuito y seguro.

BIBLIOGRAFÍA

Adams, Julia; Orloff, Ann Shola y Clemens, Elisabeth (2005). "Social theory, modernity and the three waves of historical sociology". En Julia Adams, Ann Shola Orloff y Elisabeth Clemens (eds.), *Remaking Modernity: Politics, History and Sociology*. Durham and London, Duke University Press, pp. 1-72.

Aldao, Martín y Clérico, Laura (coords.) (2010). Matrimonio igualitario. *Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*. Buenos Aires, Eudeba.

Ansaldi, Waldo y Giordano, Verónica (2012). *América Latina. La construcción del orden*. Buenos Aires, Ariel.

Barrancos, Dora (2000). "Inferioridad jurídica y encierro domestico". En Fernanda Gil Lozano, Valeria Pita y Gabriela Ini (dirs), *Historia de las mujeres en la Argentina*. Buenos Aires, Taurus, Tomo I, pp. 11-127.

Bibiloni, Juan Antonio (1931). *Anteproyecto de reforma al Código Civil*, Tomo 5. Buenos Aires, Abeledo Editor.

Bimbi, Bruno (2010). *Matrimonio igualitario*. *Intrigas*, *tensiones* y secretos en el *camino hacia la ley*. Buenos Aires, Planeta.

Borda, Guillermo A. (1971). *La reforma de 1968 al Código Civil.* Buenos Aires, Editorial Perrot.

Bourdieu, Pierre (1986). "La force du droit". En *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, Vol. 64, septiembre, pp. 3-19.

Cárcova, Carlos (1998). *La opacidad del derecho.* Madrid, Editorial Trotta.

Cosse, Isabela (2009). "Una cultura divorcista en un país sin divorcio: Argentina en los años sesenta". En XII Jornadas Interescuelas/Departamentos de Historia, Bariloche, Universidad del Comahue, octubre.

Dogan, Mattei y Pahre, Robert (1993). *Las nuevas ciencias sociales. La marginalidad creadora*. México DF, Grijalbo.

[17] "El Código Civil es el que impone los roles de género", en 8300 web. Cooperativa de trabajo para la comunicación, 11 de mayo de 2012. Disponible en: http://www.8300.com.ar/2012/05/11/el-codigo-civil-es-el-que-impone-los-roles-de-genero/.

Facio Montejo, Alda (1992). *Cuando el género suena cambios trae... Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*. San José de Costa Rica, ILANUD.

Giordano, Verónica y Valobra, Adriana (2013). "Absolute divorce in Argentina, 1954-1956. Debates and practices regarding a short-lived law". En *The History of the Family*, Vol. 18 Nº 1, London.

Giordano, Verónica (2012). *Ciudadanas Incapaces. La construcción de los derechos civiles de las mujeres en Argentina, Brasil, Chile y Uruguay*. Buenos Aires, Editorial Teseo.

Jones, Daniel y Vaggione, Juan Marco (2012). "Los vínculos entre religión y política a la luz del debate sobre matrimonio para parejas del mismo sexo en Argentina". En *Civitas*, Vol. 12, Nº 3, Porto Alegre, septiembre-diciembre, pp. 522-537.

Marx, Jutta; Borner, Jutta; y Caminotti, Mariana (2007). *Las Legisladoras. Cupos de género y política en Argentina y Brasil*. Buenos Aires, Siglo XXI Editores.

Moisset de Espanes, Luis (s/f). "Los últimos 50 años del Derecho civil argentino (1941-1991)", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba. Disponible en: http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artlosultimos50anos.

Pecheny, Mario (2009). "Parece que no fue ayer: el legado político de la Ley de Divorcio en perspectiva de derechos sexuales". En Gargarella, Roberto; Murillo, María Victoria y Pecheny, Mario (comps.). *Discutir Alfonsín*. Buenos Aires, Siglo XXI Editores, pp. 85-113.

Pecheny, Mario y Dehesa, Rafael de la (2010). "Sexualidades y políticas en América Latina: el matrimonio igualitario en contexto". En Aldao, Martín y Clérico, Laura (coords.). *Matrimonio igualitario. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas.* Buenos Aires, Eudeba.

Scott, Joan W. (1990). "El género: una categoría útil para el análisis histórico", en Amelang, James S. y Nash, Mary (eds.). En *Historia y Género. Las mujeres en la Europa moderna y contemporánea*. Valencia, Edicions Alfons El Magnanim, pp. 23-56.

Skocpol, Theda (ed.) (1991). *Vision and Method in Historical Sociology.* Cambridge, New York, Cambridge University Press.

Valobra, Adriana M. (2010). *Del hogar a las urnas. Recorridos de la ciudadanía política femenina. Argentina, 1946-1955*. Rosario, Prohistoria Ediciones.

Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén (2010). "¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?". Ponencia presentada en el VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional. Disponible en: http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf

FUENTES

Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados (DSCD), 11 y 13 de agosto de 1926.

Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores (DSCS), 15 de julio de 2010.