

INFIRMITAS SEXUS LA MUJER EN EL IMAGINARIO PENAL *

Marina Graziosi

I. Premisa

El problema de la igualdad y de los derechos vinculados a ella parece haberse instalado hoy de un modo novedoso en el centro de un amplio debate. Muchos de los reclamos que se han planteado tratan, por un lado, acerca del sentido general de la ciudadanía y de las posibilidades de acción que ella brinda a los sujetos considerados “débiles”. Por otro lado, apuntan también a los conflictos creados por la emergencia de tales sujetos y a las respuestas que se les han brindado.

Se debe sobre todo a la reflexión femenina el que, a las aproximaciones más clásicas al tema, se haya agregado un punto de vista diferente, el de la diferencia de género, que parece haber socavado muchas antiguas certezas. El pensamiento de las mujeres se ha movido de hecho en estos años bajo recorridos teóricos muy fecundos y constructivos, no sólo en el intento de aclarar todos aquellos elementos que tornan la diferencia de género no asimilable a las otras, sino también en el de efectuar propuestas.

Uno de los términos del problema es naturalmente el derecho. Y la posibilidad de que a su interior se vuelva visible –en un nuevo sentido– la diferencia. Pero ¿de qué forma, en qué modo es posible realizar el nuevo sentido que quisiera asignarse a un derecho *de género*? ¿Y qué riesgos puede implicar tal aproximación?

Alguna respuesta a las preguntas de hoy puede tal vez ofrecerla un reconocimiento sumario del pasado, en busca no solamente de las marcas jurídicas de la “servidumbre de las mujeres”, sino también de las señales que iluminan la complejidad y el sentido. La exclusión de las mujeres, de hecho, parece ser no sólo la más antigua y la más duradera en el tiempo,

* Extraído de “Democrazia e Diritto”, publicación trimestral del Centro de Estudios y de Iniciativas para la Reforma del Estado. Traducción de Mary BELOFF y Christian COURTIS.

sino también aquella cuyo diseño y cuyas motivaciones están inscriptas más claramente en el derecho. Es posible por lo tanto, para reconstruir la historia, referirse a un *corpus* ya dado y articulado de normas, de conceptos y construcciones doctrinarias, soslayando incluso la implementación.

Múltiples, naturalmente, son los planos en los cuales el derecho mide su fuerza. Su tarea y su ejercicio concreto no son sólo aquéllos del gobierno y regulación de los conflictos, de la construcción de los límites, sino también de producción y reproducción de lo simbólico, atravesado por los universos lingüístico-normativos que lo social debe buscar. La norma, de este modo, aunque regulando un ámbito determinado, impactará necesariamente también sobre el resto. Puede ser interesante, por ello, dar sentido a las formas, a menudo sólo simbólicas, de la diferenciación de lo femenino en los rituales de la justicia y de la pena que recorren nuestra historia pasada. En el mismo derecho es posible pues encontrar las huellas de importantes contradicciones con respecto a la subordinación femenina, que testimonian la capacidad de erosión por parte de las mujeres del poder patriarcal incluso a través del instrumento jurídico.

Contrariamente a aquello que a menudo se piensa, legisladores y juristas siempre han dado sentido y relevancia –también en el pasado más remoto– a la presencia femenina en la sociedad. Una presencia a ser gobernada establemente para regular, sin problemas, un orden para el que se pretendía una huella patriarcal. En el pasado, los juristas no ignoraron completamente la existencia de dos géneros en el mundo que disciplinaban. Aunque esto pueda haber sucedido con los derechos políticos de la ciudadanía, en los cuales –como se ha observado correctamente¹– el universal neutro de las declaraciones de los derechos ha, de hecho, significado solamente lo masculino, esto no parece poder predicarse de otros importantes ámbitos jurídicos, en los cuales la conciencia de la presencia femenina ha dado vida a reglas precisas y minuciosas dirigidas –principal si no exclusivamente– a la tutela y al mantenimiento de una estructura patriarcal. En otros términos, la exclusión u “olvido” de lo femenino –subsumido en el universal “hombre”– ha cerrado a las mujeres, en el modelo de la democracia moderna, una esfera de *poderes*, principalmente el político, gracias a la definición y al concreto diseño masculino de los derechos fundamentales del individuo. En el campo del derecho civil y del derecho penal, por el contrario, la presencia regulada de lo femenino ha asu-

¹ CAVARERO, A., *Per una teoria della differenza sessuale*, en DIOTIMA, *Il pensiero della differenza sessuale*, Milán, La Tartaruga, 1987; *Id.*, *L'ordine dell'uno non é l'ordine del due*, en *Il genere della rappresentanza*, M. L. BOCCIA y L. PERETTI (eds.), “Materiali e Atti 10”, suplemento de “Democrazia e Diritto”, n° 1, 1988, ps. 67-80.

mido el sentido, por un lado, de una limitación en la esfera de las *libertades*, por el otro de una regulación de los *deberes* específicos de las mujeres.

Como es sabido, en el derecho civil y en derecho público existían al menos hasta el primer decenio de nuestro siglo –y para algunos ámbitos aún más– varias formas de una suerte de tutela hacia las mujeres que, de hecho, les impedía ejercitar una ciudadanía plena. La exclusión del derecho de voto y del derecho de administrar, de un modo completamente autónomo, el propio patrimonio, junto con la imposibilidad de acceder plenamente al estudio y al ejercicio de algunas carreras importantes, convertían hasta entonces a las mujeres en ciudadanas disminuidas, excluidas sustancialmente de la esfera pública y vinculadas como subalternas a la privada.

Tal vez sea menos notorio que en el pasado no sólo se hayan practicado modos diferentes de castigar respectivamente a los hombres y a las mujeres, sino que además se haya también teorizado sobre el tema. Estas desigualdades, presentes en Europa de modo diverso según las diferentes legislaciones a lo largo del *ancien régime*, se extendían también a la construcción de algunos delitos y han sido a menudo propuestas nuevamente por importantes criminalistas aun en nuestro siglo.

Cualquier hipótesis de diferenciación penal entre sujetos que se suponen capaces de entender y de querer nos parece hoy extraña e injusta. Quizá por este motivo se ha tendido a no considerar y a remover lo que por siglos ha sido una realidad. Una realidad, se entiende, nunca del todo explicitada de modo claro, aunque susceptible de ser descubierta siguiendo calles laterales, entre miles de dificultades situadas en los pliegues del discurso jurídico. Por ejemplo, en las recomendaciones a los jueces –expresadas de todos modos en forma genérica– de tener en cuenta entre otros un elemento de hecho, que es el relacionado con el sexo. O de formas muy particulares, a menudo dictadas por la cautela, y otras veces silenciadas en nombre de la más rígida ejemplaridad, en la aplicación de la pena a un condenado del sexo femenino.

No intento aquí –aunque podría ser un recurso muy interesante– dar cuenta de todas las huellas explícitas e implícitas de diferenciación que pueden advertirse en el pasado e identificar la persistencia en el derecho del presente, cuanto dar un sentido a la *ratio* que ha guiado a quien la ha construido. Lo que es sorprendente es en realidad la sustancial homogeneidad que puede encontrarse, en tal sentido, en sociedades y épocas bastante lejanas. Los usos más antiguos sedimentan y operan como fuentes de legitimación, dando sustento a tesis que se juzgaban pensadas y practicadas *ab aeterno*.

Lo penal, lo público y lo civil además aparecen, en el caso de las mujeres, conectados, aunque sea contradictoriamente: la discriminación y la minusvaloración, presentes en estos campos diferentes, se han sostenido recíprocamente durante siglos, remitiéndose mutuamente con procedimientos teóricos de tipo circular.

El punto de vista que aquí propongo, el de un análisis de la doctrina penal en una perspectiva histórica, es aparentemente anómalo, pero seguramente productivo. El derecho penal ofrece en realidad una doble ventaja: por un lado es a menudo más transparente porque es más lejano, en nuestra conciencia moderna e igualitaria, de toda hipótesis de diferenciación, y ello nos ha llevado a considerarlo inseparable de la perfecta igualdad. Por el otro lado, parece revelar, de un modo más claro, las estructuras simbólicas que han guiado al legislador, por ser en cambio más cercana como trataré de demostrar más adelante— a aquellos complejos territorios en los cuales mito y rito parecen gobernar la ley.

Una reconstrucción de este tipo no puede restringirse, naturalmente, a los límites de una estricta periodización. Privilegiando, en cuanto particularmente significativas, las teorizaciones de los criminalistas del siglo en curso, preferí —en una perspectiva de largo alcance— seguir un criterio temático identificando los filones más importantes. El primer filón se relaciona con la cuestión de la imputabilidad penal de las mujeres, y el segundo con la diferenciación de la pena.

II. La imputabilidad de las mujeres

Desde el comienzo del siglo pasado, y luego en las teorizaciones de la escuela positiva del derecho penal —cuando parecen prácticamente desaparecidas de las legislaciones continentales las diferencias ligadas al sexo—, vuelve a proponerse en distintos lugares la idea de una peculiaridad de la desviación femenina, que requeriría, en armonía con el derecho civil, una diferente consideración sobre la base de las adquisiciones científicas contemporáneas en el campo de la fisiología.

La presencia femenina y su regulación en el derecho penal habían, desde entonces, interesado a los juristas principalmente bajo dos aspectos: por un lado el del control de la esfera de la sexualidad en la definición y construcción de los delitos tales como los de adulterio, aborto, estupro, seducción o infanticidio, eso es, delitos específicamente connotados por el sexo femenino; por el otro, el de la necesidad de colocar un límite —cuyo valor puramente simbólico requiere aún investigación— en infligir castigo penal al cuerpo femenino.

La cuestión de la imputabilidad femenina en cambio había sido propuesta y muchas veces puesta en discusión incluso por importantes juristas —por ejemplo CARMINAGNI—, que habían propuesto para las mujeres hipótesis de atenuación, disminución o hasta exclusión de la imputabilidad, acudiendo al antiguo principio de la *infirmitas sexus*, el impedimento debido al sexo².

² Escribe de hecho CARMINAGNI en su *Elementi di diritto criminale* (1808), traducción italiana del latín de G. DINGLI, Napoli, Stab. Tip. P. Androsio, 1854, p. 56: "Ciertamente, como lo

En este período la cuestión está ligada, como se ha dicho, a las nacientes elaboraciones “científicas” sobre la inferioridad natural de la mujer, y se conectan con el debate más general acerca del libre albedrío y la imputabilidad³.

Parecería que la afirmación de la igualdad frente a la ley, que encuentra su origen en las primeras declaraciones de derechos, provocó hasta un cierto punto, con la emergencia de las reivindicaciones femeninas, la carga de la justificación de la persistente ideología de la desigualdad y de sus consecuencias prácticas. Si por largos siglos la simple evocación del concepto genérico y bastante flexible de *infirmas sexus* –que indica, en cada ocasión, una especie de perpetua minusvalía de las mujeres– parecía suficiente, en esta fase se considera en cambio necesario reforzar la estructura.

Y es por esto que la reflexión jurídica profundiza y tematiza la cuestión del cuerpo femenino. Se pretende que éste encarna, en realidad, una innegable diferencia que resultaría contra la naturaleza querer llenar o cancelar: por medio de la educación, por ejemplo –gran tema del movimiento de emancipación del siglo XVIII– o, peor todavía, a través de la igualdad de los derechos.

Los interrogantes que los juristas comienzan a plantearse en esta fase están conectados, por un lado, precisamente a la fisiología del cuerpo femenino y a sus consecuencias emocionales o de conducta y, por el otro, a las capacidades de juicio y de raciocinio de las mujeres y a su incidencia sobre la comprensión y el conocimiento de las normas. Se plantea la cuestión de saber si las mujeres son –en su capacidad de delinquir– iguales a los hombres, o bien si tal vez no resultan más fácilmente asimilables, por su debilidad e inmadurez, a los viejos, a los menores, a los locos. ¿No se detienen en su desarrollo personal en un perpetuo estado intermedio entre el niño y el hombre adulto? Y la afirmada mayor sensibilidad y com-

□ observan los fisiólogos, que los órganos de la generación tienen mucha influencia sobre aquellos que sirven al intelecto. En las mujeres la médula espinal es más débil y delicada que en los hombres. Por lo tanto las más débiles tienen las fuerzas del espíritu y más firmes los medios para adquirir las ideas que surgen de su naturaleza. Dicho esto, el sexo femenino es entonces una causa justa para que la imputación del delito sea menor”. Un análisis de las doctrinas jurídicas de la inferioridad de la mujer es desarrollado por MANFREDI, M. y MANGANO, A., *Alle origini del diritto femminile. Cultura giuridica e ideologie*, Bari, Dedalo, 1983. De gran interés es además BABINI, V. P., *Il lato femminile della criminalità*, en BABINI, V. P., MINUZ, F., TAGLIAVINI, A., *La donna nelle scienze dell'uomo. Immagini del femminile nella cultura scientifica italiana di fine secolo*, Milán, Angeli, 1989.

³ Debe recordarse –contra las soluciones simplistas propuestas por el positivismo del siglo pasado respecto del enorme problema del dilema entre determinismo y libre albedrío– la voz disonante (silenciada por su internación en un manicomio) de H. VON DRUSKOWITZ, *Sono possibili la responsabilità e l'imputabilità senza supporre il libero arbitrio?* (1887), en *Una filosofa dal manicomio*, trad. it. de M. G. MANGIONE, Roma, Editori Riuniti, 1993, ps. 5-32.

plejidad del ánimo femenino ¿vuelve a las mujeres que delinquen más o menos culpables? ¿Cuáles son los delitos “típicos” del sexo femenino? Finalmente: la pena ¿debe ser infligida a las mujeres a través de los mismos modos que se adoptan para castigar delitos cometidos por los hombres?

Sobre estas preguntas los estudiosos se dividen entre quienes sostienen la plena igualdad jurídica entre hombres y mujeres en el campo penal –dejando a salvo las diferencias que subsisten en el plano civil, consideradas universalmente justas y casi obvias porque están dictadas por las conveniencias sociales, como garantía del orden de la familia– y aquellos que, en cambio, proponen para las mujeres una imputabilidad menor o diferente, en línea con el derecho civil, que limitaba su capacidad de actuar, y con el derecho público, que les negaba la capacidad de votar y de ser elegidas. Una posición intermedia sería aquella más prudente de quienes, desconfiando de la hipótesis de un doble derecho penal, proponía para las mujeres una simple atenuación de las penas.

III. Racionalidad, libre albedrío, imputabilidad

Un aspecto que vuelve particularmente interesante el paradigma jurídico de la diversidad/inferioridad femenina que se desarrollara en el transcurso del siglo pasado es que éste, anticipando y conectándose con el paradigma científico de la inferioridad natural de las mujeres, que será delineado en las sistematizaciones del pensamiento positivista, parece reencontrar, renovándolas, las antiguas argumentaciones sobre las bases de la subordinación femenina, y en primer lugar la de la escasa racionalidad de las mujeres. Ambos paradigmas –el jurídico y el científico– tendrán naturalmente un gran peso en la construcción de un modelo de mujer al cual será considerado normal adecuarse y patológico apartarse, y que perdurará hasta este siglo.

En relación con el siglo en curso, cuando se trata de descifrar la legitimación jurídica de la desigualdad de las mujeres, la construcción misma de la diferencia de los sexos como desigualdad revela algo de arcaico que parece persistir más allá de cada posible modernización. Y el continuo y anacrónico recurso a una genérica tradición antigua encuentra por ello una justificación natural.

En realidad, en las representaciones de lo “femenino” que datan del siglo pasado se atribuye a este género una especie de primitivismo perenne. Esta idea, reconducible por otro lado a la filosofía del iluminismo, encuentra su más amplia difusión –incluso en el nivel del sentido común– principalmente durante ese siglo.

Cuando se teoriza sobre las mujeres, sobre el género femenino y sobre su mundo inmutable, marcado por eventos naturales para siempre y por siempre iguales a sí mismos, se presupone y simultáneamente se cons-

truye el paradigma de una humanidad de lo femenino constante y cíclica-mente idéntica, ajena también a los cambios históricos. Esto parece excluir a la mujer de la idea del progreso lineal, de la idea-fuerza que marca el siglo y que con el positivismo asume el sentido de una ley necesaria situada en la base del proceso histórico⁴ para relegarla, como humanidad necesariamente involucionada, en la espiral de su eternidad cíclica. Son los seres humanos de sexo masculino los que llevan adelante el progreso abriendo y experimentando nuevas vías que conducen hacia la modernidad, mientras lo femenino, viviendo dentro del nicho natural de eventos sin tiempo, debe regresar, a través de los pasajes obligados de lo biológico, siempre al mismo punto, fuera de lo “moderno” que por tanto parece incluir sólo a lo masculino.

El modelo de femineidad que se supone normal, al cual es justo que las mujeres se conformen, es antes que nada un modelo materno: la mujer, en realidad, es madre antes de toda otra cosa, y en la maternidad se expresa y se realiza gran parte del destino femenino. Parece además que como en los “órganos de la maternidad” se gasta gran parte de la energía posible, la fuerza intelectual y la racionalidad de las mujeres deben necesariamente quedar disminuidas. Pero también las mujeres que no son madres sufren igualmente este tipo de disminución, y además corren el peligro de que los órganos de la reproducción, al permanecer inactivos, produzcan peligrosos “estancamientos” que pueden repercutir sobre el humor, y por lo tanto sobre la capacidad de raciocinio.

Más allá de las diferentes valoraciones sobre el grado de la responsabilidad y sobre la consiguiente imputabilidad, parece generalmente compartida la idea de que el sexo (y diciendo “sexo” se dice siempre “sexo femenino”) debe generalmente ser una causa de minusvalía y de diferenciación, aunque no resulte fácil establecer cuánto pueda haberse reflejado esta idea sobre la concreta administración de justicia.

Y es paradójico que las conclusiones que contribuirán a definir lo masculino como paradigma dado, y lo femenino como lo diferente se extraigan justamente a partir de los progresos de la anatomía y de la fisiología. Por otro lado, precisamente la resistencia contra cualquier atribución de modernidad a lo femenino, podría explicar las continuas oscilaciones y la constante vinculación entre las disertaciones científicas sobre la anatomía y sobre la fisiología del cuerpo humano y las apelaciones a la literatura del pasado más remoto y, en particular, de la tradición romana, que se registran en las argumentaciones de los juristas.

⁴ Véase BURY, J., *Storia dell'idea di progresso* (1932), trad. it. de V. DI GIURO, Milán, Feltrinelli, 1964.

Un elemento recurrente en la literatura criminalística del siglo pasado sobre nuestro tema es de hecho la constante apelación a las fuentes romanas. Las referencias a tales fuentes que podrían parecer relativamente marginales por ser en todo sentido muy distantes del universo del discurso en que nos movemos, asumen en cambio un interés directo para comprender los procesos mismos de la construcción de la interioridad jurídica de la mujer. La mayor parte de los juristas, de hecho, cuando enfrenta la cuestión de la incapacidad y de los impedimentos conectados con el sexo femenino, siente la necesidad de volver a la sabiduría antigua, sea a aquella de los jurisconsultos romanos, sea a aquella de los Padres de la Iglesia. Estas apelaciones son a menudo oscuras y contradictorias y sirven a veces como base de tesis divergentes o directamente opuestas.

El concepto romano al cual más a menudo se hace referencia –a veces explicitando su significado, pero más frecuentemente apenas postulándolo como algo obvio y que se da por descontado, amén de no discutirse casi nunca su fundamento– es el de la *infirmas sexus*, o de *imbecillitas sexus* o bien de *fragilitas sexus*⁵ que, en sus primitivas formulaciones, mantiene prácticamente intacta su vitalidad en el transcurso del siglo, difundiéndose en toda Europa.

Lo que es una constante en la historia de esta categoría es por un lado la generalidad y la ambigüedad de sus usos, y por el otro la ductilidad y multiplicidad de sus aplicaciones. Según las necesidades, la *infirmas* desplegará siempre, y del modo más extendido, una extraordinaria capacidad de discriminación y en conjunto de control sobre las acciones de las mujeres. Allí se reencuentra como presupuesto a la prohibición para el sexo femenino de ocupar cargos públicos, de ser jueces, de asumir tutelas, de *postulare nec pro alio intervenire*, esto es, de ejercer la abogacía⁶, de denunciar o acusar por algunos tipos de delitos. O bien para excluir el dolo, para justificar algunas excusas en la ignorancia del derecho, y finalmente para poner en duda o considerar inválido un testimonio femenino.

⁵ Las expresiones “*fragilitas sexus*”, “*infirmas sexus*”, “*sexus infirmus*” e “*imbecillitas sexus*” aparecen en varias citas romanistas, por ejemplo en: Cod. 5, 3, 20, 1; Dig. 22, 6, 9; Dig. 16, 1, 2, 3; Dig., 49, 14, 18. Pero también fueron empleadas por los Padres de la Iglesia, desde S. Gírolamo a S. Agustín, y luego en la literatura canónica. Véase, sobre el particular, la reseña de M. T. GUERRA MEDICI del libro de G. MINUCCI sobre la capacidad procesal de la mujer en el pensamiento canónico, en *Studi senesi*, CIII, n. 1, 1991, ps. 170-174.

⁶ “*Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo nec iudices esse possunt nec magistratum gerere nec postulare nec pro alio intervenire nec procuratores existere*” (Dig. 50, 17, 2). Sobre la prohibición en Roma de las mujeres de “*virilia officia*”, cf. E. CANTARELLA, *La vita delle donne*, en A. MOMIGLIANO-A. SCHIAVONE (eds.), *Storia di Roma*, Turín, Einaudi, 1989, vol. IV, ps. 557-608. En cuanto a la abogacía, CANTARELLA recuerda que durante la república fueron prácticamente excepcionales los casos en los que mujeres sostuvieron directamente en juicio sus argumentos, pero que siempre les estuvo prohibido *postulare pro aliis*.

Pero si se recurre directamente a las fuentes y se analizan los principales lugares en los cuales está presente este concepto, la extensión que en el curso del tiempo se le ha querido atribuir parece bastante amplificada. Y como se ha demostrado, su misma formulación parece a menudo ser fruto de interpolaciones⁷.

Lo que interesa entonces no es tanto la reconstrucción del sentido legítimo de la *infirmitas* como aparecía en la obra de los jurisconsultos romanos, sino el hecho de que ella había representado en el curso de los siglos un vínculo con la sabiduría antigua en la justificación y fundamento de la subordinación de las mujeres. Aun con diferentes determinaciones, la minusvalía femenina parece haber sido ya tematizada por los criminalistas: cuando filósofos como SPENCER, DARWIN o COMTE, para no hablar de MOEBIUS, o del italiano MANTEGAZZA, comienzan a dedicarse al estudio de la mujer, ya mucho ha sido escrito por los juristas por ejemplo sobre temas de femineidad y razón.

Así FARINACCIO, cuyo monumental tratado *Praxis y theorica criminalis* ejerció una enorme influencia sobre el desarrollo del derecho penal en Italia y en Francia y fue utilizado comúnmente a lo largo del siglo XVIII, sostiene una menor punibilidad de las mujeres sobre la base de su menor racionalidad⁸. Tesis que en gran parte retoma TIRAQUELLO, que no parecía tener mucha confianza en la racionalidad femenina, en un amplio ensayo de derecho de familia y matrimonial, una verdadera y propia *summa* de reglas, cuya autoridad en la materia orientó a los más importantes juristas al menos en los dos siglos posteriores⁹. Y aun otros como Anthon MATTHAEUS o el más moderno RENAZZI sostuvieron con similares argumentos la menor punibilidad femenina¹⁰.

⁷ Cf. S. SOLAZZI, “*Infirmitas aetatis*” e “*infirmitas sexus*” (1930), en *Scritti di diritto romano*, Nápoles, Jovene, 1960, vol. III, ps. 357-367.

⁸ Prospero FARINACCI (1544-1618) –llamado *Farinaccio*– escribe: “*Decima causa minuendi penam erit ea, quae sexus fragilitatem respicit: Regula enim est, mulieres non sic graviter puniendas, quam mares, ac in poenis infligendis sexus rationem habendam ... Tiraquellus qui hanc conclusionem, et causam bene comprobatur ... ea potissimum ratione ductus, quia in foemina minus est rationis quam in viro ... ergo minus punire debet*” (*Praxis et theorica criminalis*, II, I, Quaestio 98, 1, Venecia, 1604, p. 309).

⁹ Andre TIRAQUEAU (1480-1588), en latín *Tiraquellus*, siguiendo una costumbre bastante difundida entre los juristas, invoca la autoridad de la sabiduría antigua: “*Nam divinus ille Plato dubitare videtur, utro in genere mulierem, rationalium animalium, an Brutorum*” (TIRAQUELLUS, A., *De legibus connubialibus et iure maritali*, L. 1, n. 69, Lyon, 1554).

¹⁰ También el holandés Anthon MATTHAEUS (1601-1654) afirma: “*Aliquo lenius agendum cum muliere propter infirmitatem tum corporis, tum animi, atque consilii. Quia animi infirmitate fit ut*

La obra más significativa del siglo pasado, al menos por su amplitud, sobre la imputabilidad penal de las mujeres, es el ensayo sobre el sexo femenino del medido Ernst SPANGERBERG, escrito en los años veinte y publicado en Italia en una antología de escritos alemanes preparada por Francesco Antonio MORI¹¹. Es probable que esta obra haya ejercido una notable influencia sobre las opiniones de los penalistas italianos, sea por el prestigio de la antología, sea por su amplia circulación.

Hasta SPANGERBERG, después de haberse interrogado sobre la paradoja de una “perpetua tutela” de las mujeres en los “derechos civiles” en contraste con su equiparación al hombre “cuando se trata de delitos y penas”, enfrenta el problema siguiendo un esquema que será desde entonces imitado por muchos. Su punto de partida es un análisis detallado de las facultades de raciocinio de la mujer en relación con su esfera sexual y la idea de que sólo una hipótesis “metafísica” puede llevar a no ver ninguna diferencia “entre el alma viril y la femenina¹²”; de modo que los esfuerzos que se quisieran hacer en dirección a una educación de las mujeres –y aquí cita significativamente a Catherine MACAULAY y Mary WOLLSTONECRAFT– son ilusorios.

Ambos sexos, admite SPANGERBERG, pertenecen a la especie humana, y en cuanto seres racionales son ciertamente iguales entre sí. “Pero ser racional en el mundo de los sentidos depende todavía del cuerpo, y de muchas otras cosas, y es así susceptible de variedad y desigualdades, que son producidas o determinadas por aquellas circunstancias. El sexo, la edad, la salud influyen sobre la fuerza del ánimo, tanto como la educación, las costumbres, los hábitos: y por esto todas estas cosas deben ponerse en la balanza para determinar el estado jurídico de cada miembro de la ciudad¹³.”

□ *quemadmodum facile labitur, ita etiam facilius poenae cogitatio a peccando eam absterreat*” en *De criminibus* (1644), Anversa, 1771, Tit. XVIII, cap. IV, 21. Filippo Maria RENAZZI (1747-1808), por su parte, pone el sexo entre las varias causas *intrínsecas* de atenuación de la pena: “*Aetatem sequitur sexus, qui non secus ac illa generatim habetur pro intrínseca causa temperandi poenas* (Tirquel. caus. IX). *Feminae siuquidem hominum voluptati, et procreationi a natura destinatae, cum corpore utantur molli, ac delicato, consilii maturitate indifente, animique vigore, qui a corporis compage et robore vel maxime pendet. Itque viris animo et corpore longe imbecilliores non adeo, ut illi, nequiter agere, monori-que quedammodo dolo videntur delinquere. Propterea existimandum leges suum non aequae ac in mares, in feminas quoque rigorem exercere. Aequum enim est sexus infirmatis misereri; ex quo fit ut mitius sit leniusque cum feminis agendum*” en *Elementa juris criminalis* (1773), Boloña, 1826, ps. 119-120.

¹¹ E. P. J. SPANGERBERG, *Del sesso femminile, considerato relativamente al diritto ed alla legislazione criminale*, in *Scritti germanici di diritto criminale*, recopilación de F. A. MORI, Livorno, Nanni, 1846-1847. En la recopilación fueron publicados, entre otros, ensayos de C. J. A. MITTERMAIER y de WAECHTER sobre el infanticidio.

¹² *Ivi*, p. 165.

¹³ *Ivi*, ps. 166-167.

Es por lo tanto necesario, en primer lugar, ocuparse de la conformación del cuerpo de la mujer y luego de sus actitudes intelectuales. El cuerpo de la mujer, observa SPANGERBERG, es muy diferente del cuerpo del hombre: “basta para probarlo una mirada fugaz”¹⁴. Y las diversidades resultan “contrapuestas a la naturaleza viril”¹⁵: los huesos son mucho más redondos, blancos y blandos, los músculos mucho más finos, débiles y lentos, sus filamentos mas flexibles, húmedos y suaves. Y aún más: “Los nervios y también el cerebro son en proporción más pequeños: y más blandos, y sus cabezas mucho más frágiles que las de los hombres”¹⁶.

Todo, en suma, indica una debilidad y delicadeza general y si se quisiera a través de una educación diferente modificar esta delicadeza y “robustecer la expresión de los músculos y modificar las formas de los miembros implicaría asumir el poder de la naturaleza; porque tales alteraciones violentas se convertirían en verdaderas perturbaciones de la naturaleza de la mujer”¹⁷. Pero no sólo los músculos son más delicados. En el cuerpo femenino existe una sensibilidad mucho más aguda y los nervios son más excitables. Y esta sensibilidad mayor “es aumentada y especialmente dirigida por los órganos formados para el fin particular de la mujer”¹⁸. “La fuerza de los órganos sexuales ejerce un dominio mayor sobre el cuerpo de la mujer. Apenas entran en acción y gozan de vitalidad propia, arrastran de algún modo tras de sí la organización entera, la dominan, y la modifican, por no decir que la perturban y la desconciertan”¹⁹.

Los órganos sexuales femeninos, sostiene SPANGERBERG, están estrictamente conectados con el sistema nervioso y *por lo tanto* ejercen también una gran influencia sobre la “actividad espiritual”. Y esta influencia, más allá de las dificultades de demostrarla sobre la base de un estudio de anatomía comparada sobre el cerebro, puede ser establecida “observando” diversas manifestaciones. El resultado de estas observaciones –argumenta circularmente SPANGERBERG– es precisamente que existe una gran diferencia entre la fuerza intelectual del hombre y la de la mujer. Las mujeres, agrega SPANGERBERG, son más sensibles a todo lo que es externo; y tienen una “imaginación” más mutable que profunda, “más relámpagos de pensamientos que pensamientos”²⁰. Su pensamiento es bastante inestable y

¹⁴ *Ivi*, p. 168.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ivi.*, p. 169.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ivi*. ps. 169-170.

²⁰ *Ivi*, ps. 171-172.

por ello ellas jamás han hecho grandes descubrimientos. Las mujeres cambian de ideas continuamente. Operan por sentimiento más que por ideas racionales. En ellas las facultades de conocer y de juzgar son más débiles. Juzgan según las apariencias del momento y no se preocupan de las consecuencias. Los ejemplos influyen mucho más sobre sus juicios que los principios. Carecen por lo tanto de independencia porque el juicio de los otros pesa enormemente sobre ellas. Pero si las facultades de conocer y de juzgar son más débiles que en los hombres, las facultades “de apetito” son mucho mayor en las mujeres. En suma, más que por el conocimiento y por la voluntad, la acción de las mujeres es guiada por los sentimientos, dado que “sienten realmente más de lo que piensan”²¹.

De aquí también los excesos de las mujeres. En el ánimo femenino se agitan las pasiones más contradictorias, y todos los movimientos del ánimo demuestran sentimientos excesivos. “Sus virtudes llegan al extremo, como sus vicios: una buena mujer es mejor que un hombre óptimo; una mujer mala es mil veces más malvada que un hombre pésimo”²². La sinceridad es en las mujeres un mérito mayor que en los hombres, porque ellas se inclinan mayormente hacia las simulaciones, a la astucia, al engaño.

Finalmente SPANGERBERG dedica un largo análisis a la falta de libre albedrío en las mujeres. “La conciencia de la ley no se encuentra jamás en el sexo femenino en el mismo grado que en el sexo viril”. Y esto porque ellas “frente a un sentimiento presente, suelen despreciar todo lo que se les presenta como regla obligatoria”; porque “la gran vivacidad e inestabilidad de los sentimientos femeninos consiente raramente que la impresión de una ley penal dure en las mujeres largo tiempo, dado que su memoria no funciona mientras son agitadas por la tempestad de los movimientos del ánimo y de las pasiones”; en fin, porque ellas “resultan la mayor parte de las veces impedidas de llegar a una distinta cognición de las leyes que obedecen sin comprender su espíritu” y que “se permiten interpretar caprichosamente”. Se puede en suma admitir la conciencia de la ilicitud de la acción sólo para los delitos naturales pero no ciertamente para los hechos “delictuosos por la sola razón de la prohibición positiva”²³. Por otro lado, si en las mujeres no puede reconocerse la conciencia de la ley, tampoco puede hallarse la “libertad de querer”. En efecto “sólo puede sostenerse que existe una plena libertad de querer en relación con la imputabilidad, cuando las tres facultades capitales del espíritu humano, esto es, conocer, juzgar y desear, están ordenadas de tal modo entre ellas que las

²¹ *Ivi*, p. 174.

²² *Ivi*, p. 176.

²³ *Ivi*, ps. 178-179.

primeras dos pueden dirigir y moderar a la tercera. Pero esto no se verifica en las mujeres en la misma medida que en los hombres, en razón de las particulares propiedades de su cuerpo, de las consiguientes actitudes limitadas de su espíritu, y de otras circunstancias de educación, de costumbres y de relaciones civiles”²⁴.

La conclusión es por lo tanto que “la imputación debe ser ordinariamente menor en el sexo femenino”; que en particular se “exige una pena más benévola para los delitos de infanticidio y de aborto provocado, cuando han sido causados por el temor de perder el honor del sexo”; y que lo mismo vale para los otros delitos “en los cuales influyen grandemente los órganos sexuales y los apetitos que de ellos proceden, como el adulterio, el incesto y similares” que de este modo “son menos imputables en la mujer que en el hombre”²⁵.

IV. ¿Un doble sistema punitivo?

Aunque en Italia el Código Penal de Zanardelli de 1889 pareció cerrar la discusión excluyendo el sexo como factor que disminuya la imputación, por obra en gran parte de uno de los artífices del Código, Francesco CARRARA, que siempre se opuso a la idea de una posible imputabilidad diferente para las mujeres²⁶, el debate aún se mantuvo vivo por algunos decenios, e interesó no sólo a los juristas, sino también y sobre todo a los científicos y a los médicos positivistas, y, en particular –entre los médicos– a aquellos que estaban relacionados con la escuela de ginecología positiva y con sus más importantes exponentes, Muzio PAZZI y Luigi Maria Bossi²⁷.

La cuestión del cuerpo femenino nunca fue tan tematizada y profundizada por la reflexión jurídica como en este período, gracias también a la

²⁴ *Ivi*, p. 180.

²⁵ *Ivi*, ps. 180-181. “Lo mismo se puede decir –prosigue SPANGERBERG– de aquellos delitos en los cuales tiene lugar la seducción al otro, y en los cuales sirve de fundamento una particular propensión al sexo, como la vanidad y la manía de placer”: “por ejemplo”, precisa en una nota, “el hurto de joyas y de vestidos, no por avaricia de ganancia sino por deseo de ornamento”.

²⁶ CARRARA, F., *Programma del corso di diritto criminale* (1857), Florencia, Cammelli, 1907, I. P. 232: “Será menor el número de las mujeres que delinquen; pero a la mujer que ha delinquido, precisamente porque la excepción es más rara, es necesario considerarla más corrompida y malvada que el hombre que hace otro tanto: o por lo menos es necesario considerarla igualmente responsable, y eso basta. A veces se afirma o se pretende que las mujeres son más morales que los hombres porque delinquen más raramente; pero la mujer que ha delinquido no puede encontrar excusa a su inmoralidad en la moralidad de sus compañeras”.

²⁷ Sobre el debate entre ginecólogos, psiquiatras y criminalistas –todos de credo positivista– cf. BABINI, MINUZ, TAGLIAVINI, *op. cit.*

emergencia de los estudios de medicina legal y a las figuras de sus más importantes exponentes, que muy a menudo eran psiquiatras. Identificando, de acuerdo con las orientaciones médicas más modernas, en las “condiciones patológicas de los órganos de la maternidad”²⁸ el origen de una inestabilidad nerviosa que potencialmente puede conducir al delito, algunos proponían para las mujeres criterios distintos de punibilidad.

Aun LOMBROSO, en su amplio tratado sobre la mujer delincuente²⁹, había enfrentado el tema del cuerpo femenino partiendo fundamentalmente desde la descripción de la normalidad y de las anomalías en los hembras animales hasta llegar paso a paso a la mujer. Pero la cuestión de la pena y de la imputabilidad había sido planteada sólo marginalmente. Su antropología era en efecto rígidamente determinista: sobre esa base no sólo las acciones humanas sino también las actitudes, las inclinaciones y las dotes morales e intelectuales de las personas son efectos mecánicos de la fisiología o de la patología del cuerpo humano; el libre albedrío, por lo tanto, no existe. Las personas son diferentes las unas de las otras en razón de sus diferencias antropológicas, y es difícil por esto poder hablar de imputabilidad y pena. Recién en el capítulo titulado *Terapia* agregado a la edición de 1927 del tratado a cargo de la editora Gina LOMBROSO³⁰ encon-

²⁸ FERRI, E., Prefacio a B. FERA, *La donna e la sua imputabilità in rapporto alla psicologia e patologia del suo apparato genitale*, Roma, Athenaeum, 1913, ps. 3-5. Partiendo de las tesis de que “la personalidad orgánica y psíquica de la mujer es el resultado de su gran función específica, la maternidad... que exige a la mujer no el momento fugaz de voluntad que entrega el hombre, sino el sacrificio orgánico del embarazo, del parto, del puerperio y de la lactancia, se explica –según FERRI– como la mujer permanece en su desarrollo personal entre el niño y el hombre adulto”. Esta explicación, advierte FERRI, en cuanto conectada a la maternidad sea como “alguna superioridad” de la mujer sobre el hombre, sea “como el espíritu de sacrificio y el altruismo”, sea como “las aberraciones individuales y sociales de la mujer”, igualmente ligadas a las “condiciones patológicas de los órganos de la maternidad” no es sólo una adquisición científica sino también “de una importancia decisiva y suprema, tanto para el bienestar material y moral de las familias, como para la vida social, como para la justicia civil y penal”. Y representa la base para una reforma penal que, en la perspectiva de una “justicia penal más verdaderamente humana” y “regulada por las especiales condiciones de la mujer”, se funda sobre la necesidad de que “también para las mujeres delincuentes sea necesario que la clínica criminal agregue y adapte particulares previsiones” según el principio general de que “a cada categoría de delincuentes” debe siempre “adaptarse las previsiones de profilaxis y de defensa que corresponden a sus particulares condiciones personales de readaptación social”. El nexo entre funciones intelectivas y funciones reproductivas de las mujeres era ya sostenido por SPANBERG, *op. cit.*, ps. 169-170. De modo diferente la tesis será desarrollada más tarde por Herbert SPENCER: cf. ROSSI DORIA, A., *Le idee del suffragismo*, in A. ROSSI DORIA (ed.), *La libertà delle donne. Voci della tradizione politica suffragista*, Turín, Rosenberg e Sellier, 1990, p. 302.

²⁹ LOMBROSO, C. y FERRERO, G., *La donna delinquente. La prostituta e la donna normale* (1892), Turín, F.lli Bocca, 1927.

³⁰ Sobre el modo en el que LOMBROSO trabajaba con su hija Gina, cf. el bello libro de DOLZA, D., *Essere figlie di Lombroso. Due donne intellettuali tra '800 e '900*, Milán, Angeli, 1990.

tramos un LOMBROSO favorable al *probation system*, a una legislación matrimonial menos opresiva para la mujer en la cual sea contemplado el divorcio, y además la propuesta de leyes más flexibles sobre el aborto y sobre el infanticidio.

En cuanto a las penas, “más que castigar, basta en la mayor parte de los delitos de las mujeres educar, hacerles comprender que ellas han actuado mal”³¹. ¿Con qué sistemas? Las hipótesis punitivas propuestas hablan por sí mismas: “En el caso de las mujeres, la cárcel y las penas aflictivas son aún menos necesarias, ya que su delito, casi siempre efecto de la sugestión o de la pasión, las hace menos terribles en la medida en que se alejan de quien las ha sugestionado o del provocador del tormento: amante o marido. Dada la gran vanidad femenina, la importancia que ella da al vestido, a las baratijas y a los muebles de su casa, las penas carcelarias podrían ser sustituidas muchas veces, en los delitos de pequeños hurtos o de riñas, con penas aflictivas de su vanidad, como cortarle los cabellos, quitarles sus ornamentos, sus muebles; sobre todo debe imponerse durante la internación trabajo a las ociosas, bajo la amenaza de pasar hambre”. Castigar a las mujeres de un modo particular ni siquiera parece ser una novedad: “Adoptando penas especiales para las mujeres regresamos a cuanto hacían nuestros antiguos, y los indios y los hebreos (Deuteronom. XII), los alemanes; también en la Rusia medieval la mujer que había golpeado al marido debía cabalgar un asno al revés; en Inglaterra las mujeres que habían peleado entre ellas debían recorrer el camino del pueblo llevando un peso al cual eran atadas con cadenas, y las calumniadoras y chismosas debían caminar con un bozal”³².

Pero es en cambio la cuestión del libre albedrío la que parece ser la más importante para quienes, como el penalista Enrico FERRI, darán una versión directamente jurídica de las teorías lombrosianas: “Todos los criminalistas –escribe en su obra *La teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio* de 1878– están de acuerdo en admitir el sexo como una circunstancia atenuante de la pena. La cuestión consiste en cambio en decidir si el sexo debe admitirse también como causa que disminuya el delito o la imputación”³³.

Después de haber distinguido las causas que disminuyen la imputabilidad potencial entre genéricas y específicas, FERRI pondrá al sexo femenino entre las específicas, junto con la vejez y la falta de educación. Pre-

³¹ LOMBROSO y FERRERO, *op. cit.*, p. 446.

³² *Ibidem*.

³³ FERRI, E., *La teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, Florencia, Barbera, 1878, ps. 583 y siguientes.

cisamente, el sexo femenino es para FERRI una causa permanente de disminución de la imputabilidad potencial; a diferencia de las causas que llama “genéricas”, como la minoría de edad y el ser sordomudo “con discernimiento”, el sueño y la enfermedad mental “incompletas”, la ebriedad semiplena y el ímpetu de afectos menos violento, que son de algún modo transitorios.

En las mismas páginas FERRI cita, a propósito, una iluminadora carta de COMTE a STUART MILL del 16 de julio de 1843. COMTE escribe: “Aunque la biología sea aún imperfecta en varios aspectos, me parece que ya puede afirmar establemente la jerarquía de los sexos, demostrando tanto *anatómica* como *fisiológicamente*, que en casi toda la serie animal, y sobre todo en nuestra especie, el sexo femenino está constituido en una especie de estado de infancia radical que lo vuelve esencialmente inferior al tipo orgánico correspondiente”³⁴.

Las tesis de Enrico FERRI –y, en general, de la escuela Positiva sobre la desigualdad entre los sexos y sobre la relevancia penal, adhieren obviamente a la antropología positivista. La imputabilidad de las mujeres es, por lo tanto, tendencialmente negada del mismo modo que la de los hombres, siendo considerada un pseudoconcepto fundado en el prejuicio del libre arbitrio y sustituida por la categoría de la peligrosidad. Una antropología similar sirve para fundar “científicamente” la diferencia de sexo como desigualdad y precisamente como inferioridad de la mujer respecto al hombre. Para esto en las argumentaciones de FERRI, como en general en las de los otros positivistas, las referencias a las tesis romanas y más en general a los juristas del pasado son más raras: la tesis de la inferioridad de la mujer no tiene en efecto más necesidad de sostenerse en el principio de autoridad sino que se encuadra perfectamente en la nueva antropología; tanto más cuando la nueva dirección se presenta como radicalmente innovadora respecto a la tradición y rechaza programáticamente cualquier continuidad con la vieja cultura penal.

Una temática tan debatida –más allá de aquella sobre las razones y sobre el origen de una criminalidad femenina estadísticamente tan poco relevante respecto de las cifras globales– es la de la discrepancia entre lo penal y lo civil que se crea admitiendo la plena responsabilidad e imputabilidad de las mujeres. Si de hecho a cualquier estudioso le parece, por ejemplo, incoherente e injusto que, a una pretendida incapacidad legal de actuar autónomamente para gestionar la propia vida y los propios intereses, debe corresponder una plena responsabilidad penal³⁵, la propuesta no

³⁴ FERRI, *loc. cit.*

³⁵ Véase, por ejemplo, MICHELET, G., *La donna* (1856), Génova, Libreria Editrice Moderna, 1914, p. 18: “La ley civil declara a la mujer inferior al hombre y la condena a una eterna

es la de remover simplemente las discriminaciones que restringen a la mujer a una ciudadanía civil y política no plena sino la de avanzar en la hipótesis de una imputabilidad disminuida y además de crear un doble derecho penal.

Así, entre otros, el penalista Francesco PUGLIA que, si bien se declara –por vía de principio– contrario a una menor imputación de las mujeres, se dedica a la difícil prefiguración de hipótesis punitivas diversas para ellas.

Después de haber sostenido que, aunque las diferencias orgánicas entre el hombre y la mujer sean circunstancias determinantes de la menor criminalidad de la mujer con respecto al hombre, ellas no pueden ser “razones justificativas para establecer como principio general su *menor imputación*”³⁶, nos explica como puede justificarse no sólo la “concesión de circunstancias *atenuantes o que disminuyan* la responsabilidad en un número mayor de casos, no aplicables a los hombres delincuentes”³⁷ sino también la “necesidad de establecer un *criterio penal* especial para la mujer”³⁸. Recogiendo en parte las tesis lombrosianas, PUGLIA clasifica a las mujeres delincuentes según tres categorías fundamentales: las criminales natas, las criminales locas y las criminales ocasionales. “De donde se sigue que, dado que el sistema penal no puede ser el mismo para todas las mujeres delincuentes y que por lo tanto es en el interés del orden jurídico o social y para no sacrificar inútilmente a las mujeres delincuentes a un mal comprendido principio de defensa social, es necesario que se establezcan tres especies fundamentales de medidas represivas que podrían ser: las *casas de incorregibles* para la primera categoría; los *manicomios criminales* para la segunda; las penas restrictivas de la *libertad personal* puestas en armonía con

□ interdicción. El hombre se ha constituido abusivamente en su tutor: pero cuando se trata de los errores que ella puede cometer, de las penas en las cuales puede incurrir, oh!, entonces la mujer es tratada como si fuera mayor, y es considerada severamente responsable de todas sus acciones. ¡Eterna contradicción de las antiguas leyes bárbaras! Ella es cedida como una cosa, pero castigada como una persona”. La misma tesis fue sostenida por el médico legal G. MORACHE en un ensayo titulado *La responsabilité criminelle de la femme différente de celle de l'homme*, y aparecido en *La revue* del 15 de septiembre de 1901, en el cual, entre otras cosas, critica los cálculos estadísticos de LOMBROSO que exageraban cuantitativamente la criminalidad femenina, al incluir la prostitución, y retoma las tesis de la particular labilidad de la psique femenina partiendo de la toxicidad *post-partum* para luego considerar los otros “períodos” de inestabilidad femenina. Sobre esta última cuestión véase también de G. MORACHE, *Grossesse et accouchement, etude de socio-biologie et de medecine legale*, París, F. Alcan, 1903.

³⁶ PUGLIA, F., *Le donne delinquenti e la legge penale*, en *La Scuola positiva nella giurisprudenza civile e penale e nella vita sociale*, 1893, p. 585.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

ciertos *sustitutos penales*, para adaptar mejor la represión a la índole de la mujer delincuente³⁹. Sobre las casas de incorregibles a las que son destinadas las delincuentes natas, PUGLIA no se detiene sino para preguntarse “si conviene la perpetuidad o la temporalidad de la reclusión, dado que cuando la mujer ha alcanzado una edad avanzada resulta imposible que cometa delitos”⁴⁰.

En cuanto a las penas pecuniarias, no parecen justamente adecuadas para ser aplicadas a la mujer: y esto deriva de la obvia consideración de que las mujeres tienen con el dinero una relación bastante mediata; en otras palabras que el dinero que tienen no es suyo y que aunque lo fuera no podrían disponer entera y libremente del mismo. Observa PUGLIA que “de las penas pecuniarias no es necesario hablar cuando se trata de los delitos cometidos por las mujeres porque, por su especial posición social, o bien la pena pecuniaria se vería convertida en pena restrictiva de la libertad personal, o bien sería de ninguna eficacia para la condenada”⁴¹. Mejor entonces sería la pena *corporal* con la obligación de trabajar –y aquí PUGLIA se refiere principalmente a una pena de tipo privativa de la libertad– “que para ser eficaz debería ser regulada de modo diferente, en relación no sólo con la índole de la reclusión sino también con la naturaleza particular del delito cometido”⁴².

Las posiciones más comunes entre los juristas son sin embargo aquellas no extremas, que proponen para las mujeres simples mitigaciones de la pena. Pero las motivaciones que se aducen son de lo más diversas: a las mujeres les correspondería una pena más leve en nombre de su menor racionalidad y responsabilidad o en proporción a su mayor fragilidad física⁴³ o aun –si el sentido de la pena es principalmente su acción preventiva–

³⁹ *Ivi*, p. 586.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ivi*, p. 588.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Así por ejemplo Tancredi CANONICO pone al sexo entre las otras “consideraciones que aconsejan una disminución en el grado de la pena”: “hablando del grado del delito ya habíamos reconocido que ni la ancianidad ni el sexo femenino son causas que disminuyan la imputabilidad: porque la mayor debilidad o la mayor sensibilidad en el organismo no disminuye la plenitud del intelecto ni de la libre voluntad. Pero este menor vigor físico volvería en realidad más pesado para el viejo y para la mujer la pena ordinaria: por consiguiente exige una disminución en el grado de la pena. Lo mismo se dice de aquellas otras debilidades físicas que provienen de la enfermedad o de una constitución muy débil. Por esto los romanos suavizaban para el viejo la pena corporal, no la pecuniaria. Por esto el código penal de 1859 establece que sea mitigada la pena de los trabajos forzados para el septuagenario, para la mujer y para quienes fueran reconocidos físicamente ineptos para el tipo de trabajos prescriptos” (*Del reato e della pena in genere. Memorie delle lezioni*, Turín, Utet, 1872, p. 329).

una pena reducida tanto cuanto alcance en abstracto a asustar a una mujer. Más allá de las diferentes hipótesis, lo que parece común es la necesidad que emerge generalmente, aunque en formas diversas, de poner en evidencia el hecho de que lo femenino implica una minusvalía permanente, y que el jurista es consciente de ello⁴⁴.

Desde una vertiente totalmente opuesta se mueve la reflexión de Valeria BENETTI, exponente del movimiento político femenino que en su *La donna nella legislazione italiana*⁴⁵, conduce una atenta crítica de la legislación vigente, no sólo en materia civil, sino también penal.

El método es el de tratar de explicar, del modo más claro y accesible posible, no sólo los lugares de las diferenciaciones más microscópicas, sino también todos aquellos puntos en los cuales a una aparente paridad de derechos corresponde una discriminación de hecho en relación a la mujer, o el agravamiento de las responsabilidades que a ella, en concreto, le competen.

Retomando el esquema clásico del contraste entre la exclusión de los derechos políticos y la plena responsabilidad penal, desde el comienzo de su ensayo BENETTI declara que un principio de equidad debería haber hecho corresponder a las “limitaciones impuestas a las mujeres en los derechos civiles tanto como a la exclusión absoluta de los derechos políticos” también limitaciones en las responsabilidades que implican una pena. El legislador, en cambio, ha dispuesto en sentido contrario. “Consideraciones especiales con respecto al sexo deberían sugerir limitaciones en las responsabilidades que lleven a sufrir una pena moral y material, y no en las que, como correlato, permiten el goce de los derechos”. La ley en cambio reconoce a la mujer una imputabilidad, “una capacidad volitiva e intelectual igual a la del hombre frente a la responsabilidad del delito” y “el ejercicio de la capacidad jurídica se extiende a la mujer en razón esencialmente inversa de la ventaja que de ella puede derivarse”⁴⁶.

Por lo tanto, sobre la cuestión de la imputabilidad penal de las mujeres también BENETTI se pronuncia por una responsabilidad menor, pero con argumentos bastante diferentes de los vistos hasta ahora.

⁴⁴ Cf. MANDREDI y MANGANO, *op. cit.*, p. 46; BABINI, *op. cit.*, ps. 29 y siguientes.

⁴⁵ Editado por la primera vez en 1904 por la asociación “Para la mujer” y posteriormente en 1908 a cargo del Consejo nacional de las mujeres italianas, en ocasión del primer congreso femenino nacional de las mujeres italianas, el opúsculo, impreso a dos columnas, por un lado relata los artículos más significativos del código civil y del penal, por el otro los comenta. La figura de Valeria BENETTI es recordada por F. PIERONI BORTOLOTTI, *Alle origini del movimento femminile in Italia, 1848-1892*, Turín, Einaudi, 1963, ps. 266 y 275, y de M. DE GIORGIO, *Le italiane dall’unità a oggi*, Bari-Roma, Laterza, 1992, ps. 13 y 331. Cf. también MANFREDI y MANGANO, *op. cit.*, p. 53.

⁴⁶ BENETTI, V., *La donna nella legislazione italiana*, cit., p. 47.

La mujer no se encuentra en una condición mental de menor racionalidad sino más bien en una situación histórica de “irresponsabilidad e incapacidad relativa” inducida por la “condición efectiva de dependencia en la cual es ubicada respecto del hombre”, “sea determinando en ella una relativa irresponsabilidad e incapacidad, sea determinando en su psique una verdadera y propia selección de los sentimientos de sumisión, de consentimiento, de obediencia incondicionada”⁴⁷.

Es bajo este perfil que BENETTI analiza el Código Penal, pasando así reseña a los lugares que considera más significativos como por ejemplo la figura de la participación criminal. En efecto, ésta debería ser considerada de modo diverso cuando la partícipe es una mujer que está a menudo vinculada a quien ha cometido el delito por vínculos afectivos o cuando, también en nombre de estos vínculos se puede hipotetizar que la voluntad femenina haya sido coartada. BENETTI critica también con fuerza el hecho de que la posición de preeminencia del marido se mantenga intacta en la familia, aun cuando éste haya sido condenado a largas penas y por delitos infamantes. En efecto, si el juez lo consiente, el hombre puede mantener intacto el ejercicio de la patria potestad y además el de la autorización marital.

Y critica también, teniendo siempre presente lo concreto de los tipos penales que pueden verificarse, la formulación de muchos delitos, desde el abuso de los medios de corrección y de la violencia familiar, a la reducción a la servidumbre, el adulterio, el rapto, la violencia sexual, los delitos perpetrados para defender el honor. Con agudeza se detiene también sobre las más evidentes contradicciones de estos últimos, proponiendo su abolición, como mínimo por la imposibilidad de establecer una verdadera y propia igualdad de tratamiento entre los sexos. “En efecto, resulta racionalmente excluida de la ley la consideración del caso en el cual la hermana mata al hermano sorprendido en ilícito concubinal”⁴⁸. Y concluye incluso con una crítica final –adhiriéndose a la tesis de la pena como defensa social– hacia la exclusión o disminución de la imputabilidad para los delitos cometidos en estado de ebriedad, dando por descontado que estos tienen casi siempre como víctimas a las mujeres.

V. La internación de las mujeres

Las diferencias de tratamiento de las mujeres en la ejecución penal tienen naturalmente relación con la pena carcelaria, su nacimiento y su transformación. Mientras para los hombres la cárcel parece configurarse

⁴⁷ *Ivi*, ps. 48-49.

⁴⁸ *Ivi*, p. 68.

rápido, en los orígenes de la modernidad penal, como lugar de ejecución de la pena, para las mujeres la práctica de la reclusión siempre ha tenido funciones no sólo punitivas sino también de control social genérico.

El nacimiento de la cárcel en sentido moderno está, como es sabido, fuertemente relacionada con la metamorfosis de aquellas importantes estructuras de internación para los pobres, para los mendigos y para los vagabundos, que en el curso del siglo XVII y del XVIII fueron instituidas en casi todos los lugares de Europa. Es en efecto en esta época que se desarrolla –en un primer momento en formas arbitrarias y luego sobre la base de las primeras y severísimas, aunque no siempre eficientes, leyes sobre pobres y de vagabundos– un imponente fenómeno de internación de estratos sociales marginados, ambigüamente ubicable entre asistencia, beneficencia y represión.

La ambigüedad del lugar de internamiento, que en el caso del interno masculino define con un proceso bastante rápido la connotación de cárcel como lugar de pena o, alternativamente, de hospital o de albergue temporario, parece haberse mantenido más a lo largo en el tiempo para los menores y de modo bastante evidente y relevante para las mujeres. Si la cárcel, como lugar de expiación de una pena, o como medio de enmendar a un condenado, ha tenido desde muy temprano como antecedente la comisión de un verdadero y propio delito y la respectiva condena, y no un simple comportamiento desviado, esto ha ocurrido primordialmente para los hombres adultos. En lo relativo a las mujeres y tal vez a los menores, la historia de la cárcel tiene de hecho tiempos diversos. La confusión entre funciones penales y funciones disciplinarias del internamiento carcelario, por lo demás, no sólo se prolonga más para las mujeres, sino que se remonta también atrás en el tiempo.

Es la peculiaridad de la desviación de las mujeres, estigmatizadas principalmente por delitos bastante frecuentemente atinentes a la esfera sexual, la que contribuye a mantener una suerte de continuidad entre la cárcel y las instituciones de internación concebidas para salvaguarda del honor o de la salud del alma o del cuerpo. A menudo son los mismos lugares de reclusión voluntaria, retiro, guarda u hospital los que, a través de las sistematizaciones racionalizantes del siglo XVIII y las reestructuraciones producidas en el curso del siglo pasado, se transforman en cárcel.

Contra las mujeres se practicó un vigoroso internamiento preventivo durante largo tiempo y en varias formas en la edad moderna, por un lado en los conventos, por el otro en aquellas instituciones de protección como las casas de guarda, a las cuales se accedía normalmente en la primer infancia o en la adolescencia, cuando los peligros de “caída” se consideraban cercanos, y no necesariamente después de una falta o de una infracción a las reglas sino principalmente por cuestiones de subsistencia. Las mismas casas de guarda, en el curso del siglo pasado e incluso en la época posterior a la unificación de Italia, mantuvieron por largo tiempo

esta función preventiva, aun cuando todos ellos tenían previstas importantes distinciones que determinaban sus características y orientaban su función de control social, sobre la base del origen y de las intenciones para las cuales habían sido fundadas.

Sobre la base de una jerarquía articulada, se preveía por un lado la internación de las mujeres viudas o huérfanas de condición “civil” o aristocrática cuyo honor estaba garantizado por su propio nombre, y que sin embargo tenían necesidad de un refugio; por el otro lado, el de las mujeres de condición subalterna, honestas, a ser distinguidas de las “inestables”, de las “peligrosas” y aun de las corregidas o arrepentidas⁴⁹.

El ingreso en las casas de guarda sucedía a menudo después de una “súplica” que los mismos padres de la niña, o un tutor, o los adultos responsables por ella, o la niña misma dirigían, a menudo apoyadas por algún protector eminente, quien supervisaba la pía institución.

Aun distinta era la situación de las obras pías que recibían mujeres cuyo honor estaba ya comprometido: prostitutas arrepentidas, convertidas, mujeres “caídas hace poco tiempo pero no expuestas al público”, “aquellas que están en peligro próximo de caer o bajo la sospecha de seguir cayendo”⁵⁰. E incluso mujeres reacias a la autoridad familiar y por esto internadas a menudo a pedido de maridos, o de hermanos, o de alcaldes y párrocos⁵¹.

A veces las solicitudes de internación con finalidad de rehabilitación podían culminar también en lugares cuyo carácter carcelario es más claro: así por ejemplo, como escribe Laura GUIDI, los pedidos de admisión al asilo napolitano de Santa María Magdalena (fundado en 1852) para mujeres arrepentidas –que tenía una función de recuperación y de rehabilitación– “provenían en parte de la ‘sala de corrección’ del hospital Santa María de la Fe, fundado por los franceses para prostitutas que padecían de enfermedades venéreas. Las hermanas ocupadas de la vigilancia practicaban una selección, eligiendo a las muchachas más jóvenes –a menudo apenas adolescentes– que daban mayores señales de arrepentimiento”⁵². Además, “entre las mujeres del honor en peligro o perdido se tendía a separar aquellas recuperables en un ambiente de pobreza honesta y laborio-

⁴⁹ Cf. GUIDI, L., *L'onore in pericolo. Carità e reclusione femminile nell'ottocento napoletano*, Nápoles, Liguori, 1991, p. 44.

⁵⁰ CAVALLI, S., *Assistenza femminile e tutela dell'onore nella Torino del XVIII secolo*, en *Annali della Fondazione Luigi Einaudi*, XIV, Turín, 1980, ps. 142-143.

⁵¹ GUIDI, *op. cit.*, ps. 48-49. Cf. también GROPPI, A., “Un pezzo di mercanzia di cui il mercante fa quel che ne vuole”, *Carriera di un internata tra Buon Pastore e manicomio*, en *Subalterni in tempo di modernizzazione. Nove studi sulla società romana dell'ottocento*, *Annali della Fondazione Lelio e Lisli Basso*, VII, 1983-1984, Milán, Angeli, 1985.

sa, de otras para las cuales se presentaba, antes que el problema de la recuperación, el del control, apenas un escalón por sobre los procedimientos de la policía y de la reclusión en la cárcel. De los lugares de pena, por otra parte, se accedía, como premio, a las casas de guarda para arrepentidas y peligrosas, así como se transfería a las cárceles, para castigo, a las internadas en los lugares píos manchadas de graves culpas⁵³.

Entre las primeras en plantear en Italia el problema de las cárceles para mujeres está la marquesa Giulia Falletti di Barolo Colbert, que a partir de 1814, animada por el ejemplo de la inglesa Elizabeth Fry –que en 1813 había visitado la cárcel de Newgate⁵⁴ denunciando las terribles condiciones– comienza una obra incansable de caridad. No son sólo las terribles condiciones materiales las que la preocupan, sino también el estado de miseria moral que vuelve a estas mujeres, según sus palabras, enfermas del alma a las cuales debería brindarse un sano alimento espiritual. Con estas ideas, la marquesa de Barolo Colbert se hacía promotora en Piemonte de una serie de iniciativas benéficas y asistenciales bastante apreciadas por sus contemporáneos: entre ellas la reorganización de la cárcel de Forzate, que ella transformó en un instituto penal modelo, introduciendo monjas y discutiendo la totalidad del reglamento con las detenidas; la apertura en Borgo Dora en marzo de 1823, a partir de una propuesta suya recibida por Carlo Felice, de una casa de trabajo y recuperación para mujeres que se hubieran distinguido en prisión por buena conducta o para mujeres “*coupables*” que fuera de la prisión hubieran dado señales de arrepentimiento; la institución en 1833 del monasterio de la Magdalena, destinado a recibir, en clausura, a mujeres conversas y arrepentidas⁵⁵. Co-

⁵² GUIDI, *op. cit.*, p. 47.

⁵³ *Ivi*, p. 46.

⁵⁴ Vease FRY, E., *Observations on the Siting, Superintendence and Government of Female Prisoners*, Londres, Arch, 1827. Sobre la obra de Elizabeth Fry, cf. DOBASH, R. P., DOBASH, R. E. y GUTTERIDGE, S., *The Imprisonment of Women*, Oxford, Basil Blackwell, 1986, ps. 41-56 y *passim*.

⁵⁵ Sobre estas iniciativas reformadoras de la marquesa Giulia di Barolo, cf. GALLI, P., *Asistenza e internamento. El caso di Torino: Giulia di Barolo e le donne carcerate*, en Umberto LEVRA (ed.), *La scienza e la colpa. Crimini, criminali, criminologi: un volto dell'ottocento*, Milán, Electa, 1985, p. 194. Cf. también CANOSA, R. y COLONNELLO, R., *Storia del carcere in Italia*, Roma, Sapere 2000, 1984, p. 102, que reporta algunos artículos del reglamento de la casa de Borgo Dora: en particular el art. 1 que establecía: “Se recibirán en esta casa de refugio solamente pobres mujeres o solteras jurídicamente o económicamente castigadas, o bien culpables, pero recuperables de sus fallos que deseen voluntariamente dedicarse a un trabajo estable, y que no dejen dudas de estar arrepentidas”. Las internas eran obligadas a observar las reglas de la casa bajo pena de ser expulsadas “y necesitando según su falta serán conducidas a las autoridades competentes para ser castigadas”; y el art. 6 que atribuía a la superiora el poder de “determinar si algunas de las refugiadas había dado suficiente señal de su perseverancia en la conversión y

mo es obvio, es justamente en lugares como éstos donde el límite entre funciones penales y disciplinarias de la internación no existe. Y donde se confirma, sobre todo, la función moralizadora de la reclusión femenina.

VI. Reclusión y separación

En los años treinta y cuarenta del siglo pasado se abre y se difunde también en Italia un largo debate sobre cómo transformar y mejorar la cárcel.

Partiendo de la constatación de que en todas partes la cárcel es un lugar malsano donde reinan la promiscuidad, la violencia y la vejación, la discusión, que dará lugar a una amplia publicidad sobre el debate, versa –teniendo también como base las experiencias americanas, divulgadas en Europa por el relato de G. DE BEAUMONT y A. DE TOCQUEVILLE en 1833⁵⁶– sobre el problema de la vigilancia y del aislamiento de los detenidos. Se sostiene en efecto que el aislamiento y los modos de su realización contribuyen de modo esencial al arrepentimiento y a la transformación moral del reo. Cómo practicar el aislamiento y la *separación*, y los modos y los tiempos su implementación, es sólo una cuestión de método, a ser llevada a cabo a través de una minuciosa *clasificación* de los diversos tipos de reclusos seleccionados sobre la base de la edad, del delito cometido, del tipo de pena que deben expiar. Todos estos datos –junto con el muy importante del comportamiento desarrollado en la cárcel, que puede dar lugar a premios o a castigos– contribuyen a la determinación de una suerte de puntaje que constituye precisamente la base de la clasificación.

También para las mujeres el criterio, que los estudiosos-reformadores de la primera parte del siglo pasado parecían querer a toda costa apoyar, es el de la separación. Sin embargo, lo que parece ser el criterio guía para el aislamiento y la clasificación de las mujeres implica preguntas estrictamente relacionadas con la especificidad del sexo femenino. En primer lugar las mujeres deben ser separadas de los hombres eventualmente encerrados en partes diferentes de la misma cárcel, para evitar cualquier contacto; en segundo lugar ellas deben ser protegidas de los abusos sexuales

□ de esperanza de conducta sabia y morigerada para el futuro, para poder permitirle ser colocada en matrimonio o de establecerse de otro modo al servicio de alguna familia o en el ejercicio de algún arte u oficio". Cf. además CANONICO, T., *Cenni biografici sulla vita intima e sopra alcuni scritti inediti della Marchesa Giulia Faletti di Barolo-Colbert*, Turín, 1864, citado por M. BELTRANI-SCALIA, *Sul governo et sulla riforma delle carceri in Italia*, Turín, Tipografía G. Favale, 1867, p. 418.

⁵⁶ DE BEAUMONT, G. y DE TOCQUEVILLE, A., *Le système pénitentiaire aux Etats-Unis et son application en France, suivi d'un appendice sur les colonies pénales et des notes statistiques* (1833), en A. DE TOCQUEVILLE, *Oeuvres complètes*, París, Gallimard, 1984.

que pueden ser cometidos por los guardias y por ello preferentemente confiadas a otras mujeres. En tercer lugar, finalmente, la clasificación comprende, de hecho, sólo dos categorías de reclusas, que son las meretrices, las mujeres de mala fama, que deben ser separadas de las otras, cualquiera que sea el delito que hubieren cometido. Un punto importante pues, es el que se relaciona con el destino de los hijos de las detenidas: en general se prevé, donde no sea posible dejárselos a parientes próximos, que sean confiados a instituciones que se ocupan de niños abandonados; raramente se plantea que se puedan quedar hasta una cierta edad con la madre.

También uno de los más importantes estudiosos de aquellos años –el inspirador de las reformas de Carlos Alberto de Saboya en materia penitenciaria–, Carlo Ilarione PETITTI DI RORETO, propone como criterio base de la reclusión femenina la separación y la concesión de la custodia de las detenidas a otras mujeres, sometidas generalmente a la supervisión de un director de sexo masculino. Su trabajo principal, el tratado *Della condizione attuale delle carceri e dei mezzi per migliorarla*, publicado en Torino en 1840, es uno de los primeros ensayos significativos aparecidos en Italia en materia penitenciaria. Está también fuertemente implicado en los aspectos mas concretos del problema: en efecto, se ocupará, por encargo del soberano, de una serie de inspecciones en las cárceles del reino en vista de las reformas, participando después de numerosos proyectos de mejoramiento y de racionalización del sistema penitenciario de Saboya. La importancia de las reformas de Carlos Alberto no reside tanto en los resultados que obtenidos sino más bien en el hecho de que constituirán una especie de núcleo principal del cual surgirán las líneas directrices del futuro sistema italiano⁵⁷.

La presencia de las mujeres en la cárcel, aunque minoritaria, no es ignorada por PETITTI, que por el contrario dedicará a la gestión de la cárcel femenina numerosas páginas. Una preocupación preliminar y no marginal de este reformador es también la de la separación de las mujeres de los varones, sean guardias o detenidos: su continua recomendación es útil para señalarnos situaciones de hecho, que de otro modo no serían de fácil reconstrucción. No es claro sin embargo si la *ratio* del autor es la tute-

⁵⁷ Cf. CASANA TESTORE, P., *Le riforme carcerarie in Piemonte all'epoca di Carlo Alberto*, en *Annali della Fondazione Luigi Einaudi*, XIV, Turín, 1980, ps. 281-329. Después de la unificación italiana la legislación de Saboya de 1859 se extenderá a toda la península, exceptuada la Toscana, en espera de que con el nuevo Código Penal, promulgado luego en 1889, se resolviera la cuestión de la pena de muerte, prevista por el código sardo-italiano y excluida del toscano. Y naturalmente la gestión de la cárcel, parte orgánica de la reforma penal, será obviamente extendida, aunque con las oportunas modificaciones, al resto de Italia. Cf. también GHISALBERTI, C., *La codificazione del diritto in Italia 1865-1942*, Bari, Laterza, 1985.

la de las reclusas de los abusos sexuales, o un genérico criterio de buenas costumbres. En efecto, escribe: “En las cárceles exclusivamente destinadas a las mujeres condenadas aún se observa que a veces los custodios o guardianes hombres son demasiado libres en sus relaciones con ellas”⁵⁸. Además, “en muchas cárceles para condenas primarias o para procesados necesariamente se encuentran individuos de los dos sexos. Aun cuando se encuentren en habitaciones separadas, sea por descuido de los custodios, sea por la viciosa distribución interna de los pabellones, no se puede decir que la separación sea absoluta, y frecuentemente es seguida de relaciones indirectas nocivas en grado sumo para las costumbres. De hecho las ventanas, los corredores comunes, las piezas contiguas, o no separadas de modo que vuelvan imposible el paso de la voz, de sonidos y de signos; los recreos en patios practicados alternativamente, la vista sobre los patios, desde las ventanas de los respectivos sectores, de los detenidos del otro sexo; la capilla común o dividida por insuficientes separaciones, constituyen algunos de los tantos y tan frecuentes inconvenientes que se advierten en la cárcel, de los cuales derivan actos de libertinaje demasiado fáciles de imaginar”⁵⁹. Otro problema es el de la separación entre reclusas, en particular de las ancianas, pero sobre todo de las mujeres de mal vivir. Una solución, para no confundir a las jóvenes con las mujeres corrompidas, es para PETITTI la creación de prisiones para mujeres de mal vivir” vinculadas con el “hospicio céltico”. “Las cárceles para mujeres de mal vivir deben ser colocadas cerca de las grandes ciudades de donde suelen provenir mayormente muchas de estas desgraciadas. Dado que su salud a menudo es afectada por males que derivan de una vida disoluta, es sabio y oportuno consejo el de agregar a dichos institutos de penitencia un hospicio céltico donde curar a las infectadas. Los dos institutos sin embargo deberían ser enteramente distintos, porque las reglas correctivas de uno en muchos sentidos no serían aplicables al otro, dado que la humanidad débil reclama mayores cuidados. La dirección y la administración pueden ser sin embargo conjuntas, en tanto quien los presida haga observar respectivamente las diversas disciplinas establecidas. En la prisión pueden aplicarse todas las reglas de las cárceles correctivas femeninas, con una sola excepción: que el tiempo de la detención debe ser en cierto modo dejado al arbitrio de la directora, quien avizorando señales de arrepentimiento y medios de empleo honesto, debe poner decidir la libertad con permiso de la autoridad política superior. En el hospicio céltico no pueden practicarse

⁵⁸ C. I. PETITTI DI RORETO, *Della condizione attuale delle carceri e dei mezzi di miglorarla*, Turín, G. Pomba, 1840, ps. 35-37.

⁵⁹ *Ivi*, p. 35.

las reglas de la segregación, del silencio, del trabajo y otras similares, y deben más bien prevalecer las normas de la vida común usadas en los hospitales.

Por otro lado en este hospicio puede también recibirse, pero en sectores separados, a mujeres o niñas que no sean de mala vida, y que se encuentran infectadas pero no por culpa propia, aunque sería conveniente que el hospicio tuviera aspecto y nombre de casa de penitencia. Es inútil repetir que debe excluirse igualmente a los hombres de tales institutos, exceptuando al director, al capellán y al cirujano”⁶⁰.

El autor se detiene aun en el problema de las guardianas, y expone su tesis favorable a confiar las cárceles femeninas a mujeres. Para las cárceles a las cuales son destinadas las condenadas, PETITTI sugiere en efecto que “la dirección interna sea otorgada a matronas o a hermanas de la caridad, experimentadas y bien preparadas a fin de que conozcan los engaños femeninos, con exclusión absoluta de cualquier varón de la custodia e injerencia en la disciplina interna. De todos modos, un director varón, experimentado y experto, y simultáneamente prudente, austero y severo, debe supervisar el gobierno de la casa, poniéndose de acuerdo con la matrona o hermana directora sobre cada acto de disciplina interna y de administración, de los cuales dará cuenta a la dirección central. El alojamiento del director debe estar separado de la cárcel, y a su ingreso en ella debe ser acompañado siempre por la directora, o por otra persona del sexo de ésta, encargada de reemplazarla.

Para los actos coactivos que fueran necesarios respecto de las detenidas rebeldes, además de las matronas o hermanas encargadas de la custodia y vigilancia, debería haber algunas mucamas robustas, que estén en condiciones de practicar tales actos, sin que sea necesario llamar a ningún varón, a menos que se trate de un caso de rebelión abierta, en el cual se llamará a la guardia externa de la milicia. Ésta debe ser asignada de modo de no tener la menor relación visual o verbal con las detenidas”⁶¹. De igual manera, para las menores se prevén “las mismas normas expuestas en el artículo precedente (reglas para jóvenes inquiridos)... aunque debe advertirse que deben ser confiadas a la custodia continua de matronas o hermanas de la caridad, quienes emplearán el tiempo de reclusión preventiva a tratar de regresarlas a mejores hábitos de vida. El ingreso en esas casas de arresto debe ser prohibido a los varones, y el mismo director de la cárcel no debe tener la facultad de entrar sino acompañado por la matrona o hermana: lo mismo vale para los inspectores”⁶².

⁶⁰ *Ivi*, ps. 313-314.

⁶¹ *Ivi*, ps. 308-309.

⁶² *Ivi*, p. 308.

El problema de la separación de las mujeres en tutela de la “moralidad sexual”, sin embargo, no es nuevo. Parece de hecho haber siempre preocupado a la organización de la reclusión carcelaria femenina. Escribe por ejemplo PRIORI, *Pratica criminale* (Venezia, 1678): “Las mujeres prisioneras son alojadas en lugares diferentes que los hombres o bien con otras mujeres o en otro lugar, cuando se trate de mujeres honestas y en casos graves, y si no fueran impúdicas;... y debe guardarse el Custodio bajo pena de la vida de usar con ellas carnalmente no debiendo hacer injuria al lugar público, aunque fueran meretrices”⁶³. Del mismo modo, un siglo antes Paulus GHIRLANDUS recomendaba: “*Mulier honesta in causis criminalibus, si crimen sit leve, vel de non atrocioribus, non debet personaliter detineri, neque incarcerari, sed fideiussoribus relaxari, si habet facultatem fideiubendi...: si vero non haberet fideiussorem, similiter non detinetur, sed statur suae iuratoriae cautioni et relaxari. Si autem crimen esset de atrocioribus, tunc non incarceratur apud viros, sed intruditur in monasterium vel assisterium custodienda, vel apud honestas matronas conservatur*”⁶⁴. Y aún en 1931, a propósito del derecho vigente, escribía Vincenzo MANZINI: “las mujeres, aun cuando no padezcan aislamiento continuo, deben ser alojadas en un lugar diferente que los hombres... y las de ‘costumbres fáciles’ estar separadas de las otras”⁶⁵.

En la época posterior a la unidad italiana emerge no sólo la necesidad de reordenar las obras pías en general, sino también el problema de resolver de algún modo las internaciones femeninas forzadas. Así, se ordenó a funcionarios ministeriales la realización de diversas inspecciones, que nos han dejado a través de sus relaciones una clara imagen de la heterogeneidad de esta clase de internación. Se recomienda sobre todo una separación y clasificación de las mujeres internadas dividiendo las jóvenes de las ancianas, las sanas de las enfermas, las condenadas de las penitentes. Se dispone también que muchas de las reclusas, cuando lo desearan y tuvieran posibilidades materiales, salieran y regresaran a la familia, aunque esto raramente ocurriera.

En los lugares de internación femenina, la presencia de religiosas era seguramente frecuente, pero no generalizada. Aun en las cárceles verdaderas, tanto para hombres como para mujeres, la presencia de religiosos había mantenido, tal vez hasta los umbrales del siglo pasado, un carácter de *ancien régime*, de ocasional apoyo moral y material. Ocurría en cambio que algunos tipos de detenidos eran enviados a congregaciones religiosas

⁶³ Citado por MANZINI, V., *Trattato di diritto processuale penale italiano*, Turín, Utet, 1931, vol. I, p. 37.

⁶⁴ *De relaxatione carceratorum*, en *Repertorium* por I. B. Ziletum, Venecia, 1580, p. 312.

⁶⁵ Cf. MANZINI, *Trattato*, cit., vol. III, p. 480.

para que proveyeran a su sostenimiento. Esta tradicional pero discontinua e irregular presencia de confraternidades de caridad de carácter religioso exigía hasta cierto punto ser oficializada y regulada. Extendida al nuevo reino la ley penal de 1859 (con excepción de la provincia Toscana), se ordenó entonces compilar un nuevo reglamento para todos los casos de pena que consagra de modo definitivo el ingreso de las monjas, junto con el de los guardianes, en los lugares de pena femeninos. Un experimento en tal sentido ya se había realizado en Piemonte, en la cárcel femenina de Pallanza, después de su reestructuración en 1834, y después de haber sido apoyado durante años por filántropos y reformadores como la ya recordada Giulia di Barolo.

Se trata de un momento crucial, de un evento aparentemente obvio pero también importante, sea por los poderes efectivos de gobierno de las conciencias y de mediación entre las detenidas y los administradores de la institución que fueron atribuidos a las monjas y a las superiores, sea porque su presencia –con tales poderes– se prolongará indefinidamente pasando incólume desde el régimen liberal al fascista, hasta la actual república. Esta presencia contribuirá, de modo decisivo, a conferir a la cárcel para mujeres y a perpetuar en el tiempo –más allá de cada razonable modernización– el carácter de expiación moral forzada y de regeneración a través de la pena aun cuando tal ideología haya caído completamente en desuso⁶⁶.

VII. El sentido de una aporía: la pena de muerte a quien es generadora de vida

Como se ha visto, la cárcel como pena parece haber seguido, para las mujeres, itinerarios originales y específicos. Otro tanto puede decirse bajo múltiples aspectos y con diversas implicaciones, sobre la pena capital.

¿Cómo ajusticiar correctamente a una mujer, cómo someter a suplicio a un cuerpo femenino? Responder, aunque sumariamente, a estos interrogantes, significa recorrer una historia milenaria, en busca de huellas identificables más allá de determinaciones puramente jurídicas.

⁶⁶ Para tener una idea del poder que las religiosas han tenido hasta nuestros días al interior de las cárceles para mujeres, que bastaría para caracterizarlas, sería suficiente leer algún artículo del reglamento para los institutos de prevención y pena emitido en 1931 luego de la entrada en vigencia, el año anterior, del Código Rocco. Este reglamento se ocupa de algunas disposiciones no secundarias que se relacionan con las mujeres; en primer término el poder del médico, arbitro –cuando está– de muchos aspectos de la vida cotidiana femenina, entre los cuales por ejemplo se encuentran los castigos (de tres a diez días a pan y agua) que no pueden ser ejecutados sin su parecer favorable (art. 154); en segundo lugar el poder de las hermanas y de las guardianas, a través del cual las detenidas tenían la obligación de exponer sus propios reclamos a diferencia de los detenidos del sexo masculino que pueden dirigirse “directamente” al director (art. 91).

Si es verdad que la pena es para la colectividad un *pharmakon*⁶⁷, el antídoto que imita la violencia ocurrida, y reproduciéndola sobre el condenado, reconstruye el equilibrio social violado, la mujer –cualquiera sea el lugar que se le asigne en una sociedad dada– representa cuando delinque una enfermedad “diferente” y requiere una respuesta diversa.

Intervenir de hecho con una muerte artificial sobre quien es de todos modos –aun más allá de su voluntad– portadora de elementos vitales de negación de la misma muerte, podría ser dañoso para la colectividad. Se recurre entonces, de alguna manera, a exorcizar la potencialidad de vida contenida en el cuerpo femenino, a predisponer métodos adecuados para este fin. El primero de todos es el que llamaré “atenuación simbólica” de la pena.

Los modos y las formas de esta compleja operación de simbolización no son ni unívocos ni explícitos. Intentaré de todos modos reconstruir su sentido a grandes rasgos.

La política de la atenuación simbólica está ciertamente conectada con una especie de intangibilidad pública del cuerpo femenino, cuyo sentido no siempre es simple de descifrar; entre otras cosas porque asume de vez en cuando formas diversas. Lo que de todos modos es evidente es su constancia en el tiempo. Desde la prohibición de la rueda y de la horca prevista para las mujeres por la *Constitutio criminalis* de Carlos V (la llamada “Carolina”) de 1532, pueden reencontrarse huellas de esta operación de atenuación simbólica hasta en el mundo contemporáneo: por ejemplo, en la actual prohibición de condena capital a una mujer embarazada, presente hoy donde quiera que esté prevista la pena de muerte. Se puede decir que signos de este género acompañan constantemente la historia de la pena para las mujeres y, según el contexto histórico y social, expresan de alguna manera una voluntad de manifestar una atenuación. Podrá ser, como en el Código Napoleón, a través de la posibilidad de expiar la pena en la cárcel y sin la continua aflicción de la cadena la pena de trabajos forzados o la prevista por el Código Zanardelli para las mujeres, siempre que no fueran reincidentes, de cumplir en casa la pena que no exceda de un mes, beneficio éste acordado también a los menores.

Por siglos el castigo de una mujer culpable de algún delito grave había sido atribuido, aun después de un proceso público, a la responsabilidad de la familia que se encargaba de ejecutar en secreto la sentencia⁶⁸. Cuando la pena pasa a manos públicas, algo de este secreto parece querer

⁶⁷ Véase esta interpretación del origen y de la función de la pena en RESTA, E., *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*, Roma-Bari, Laterza, 1992.

⁶⁸ CANTARELLA, E., *I supplizi capitali in Grecia e a Roma*, Milán, Rizzoli, 1991, ps. 129-146.

mantenerse, y de este modo se prefieren para las mujeres las penas de ahogamiento y de sepultura en vida, con las cuales el cuerpo castigado desaparece, así como desaparecía antiguamente el retirado en la casa.

Parece además que la pena inflingida a una mujer había asumido, en ciertos casos, un valor similar al de un juicio de dios, que aunque fuera terrible podía de todos modos –por vía hipotética– dejar abierta alguna clase de vía de salvación. Esta vía sin embargo, cuando se configura como una atenuación del suplicio, es puramente simbólica y casi siempre es privada de efectos concretos: una pajita para que “respire” la mujer sepultada viva⁶⁹ que obviamente prolongará el suplicio de modo atroz antes que atenuar los efectos, grasa y agua a la emparedada viva condenada a morir de inanición, la posibilidad de ser “inmersa” y no ahogada, “colgada” y no ahorcada. Muchos otros elementos sugieren que la pena de ahorcamiento –pena para los siervos de la cual los nobles estaban excluidos– era particularmente infamante, sobre todo para una mujer, y es tal vez por esto que se puede leer en alguna crónica el horror que suscita alguna de estas ejecuciones⁷⁰ y la propuesta de perdonar, aun por razones de pudor, esta pena a las mujeres.

Al reconstruir el sentido de estas prohibiciones, homogéneas como tales aun en la diversidad de los contextos históricos y culturales de los cuales son producto, parece evidente que cada mundo “ve” y “piensa” el cuerpo femenino y su tangibilidad o intangibilidad de modo diverso. Y elabora diversas interpretaciones y respuestas en torno a este problema. Es claro sin embargo que no sólo de pena se trata, sino de algo mucho más complejo.

Tal vez a esta mujer no se la quiere ver tocada pública y legítimamente por los verdugos porque pertenece a *otro* hombre –padre, marido, hermano o hijo– al que debería corresponderle el castigo. ¿No es quizá el suplicio más aceptable, más adecuado a un cuerpo que no pertenece del todo a sí mismo, y que por lo tanto no se puede tocar legítimamente, el ocultarlo vivo con la sepultura o con la inmersión, penas capitales “típicas” en la edad moderna para las mujeres, que hacen efectiva la desaparición sin que, en apariencia, ninguna mano extraña participe directamente de la ejecución?

⁶⁹ VON HENTIG, H., *La pena. Origine, scopo e psicologia*, (1932) trad. it. de M. PIACENTINI, Milán, F. Ili Boca, 1942, p. 114.

⁷⁰ Sobre el significado del ahorcamiento de las mujeres, cf. LORAUX, N., *Come uccidere tragicamente una donna*, trad. it. de P. BOTTERI, Roma-Bari, Laterza, 1989; CANTARELLA, *op. cit.*, ps. 19 y ss.; THOMAS, I. (ed.), *Du chatiment dans la cite. Suplices corporales et peines de mort dans le monde antique*, en *Collection Francaise de Rome*, vol. IX, Roma, 1984. Cf., además, las crónicas de ahorcamientos femeninos en VON HENTIG, *op. cit.*, p. 91 y en GEREMEK, B., *Mendicanti e miseria-bili nell' Europa moderna (1350-1600)*, Bari, Laterza, 1989, ps. 113-114.

El descubrimiento de un delito cometido por una mujer parece cargar a la colectividad del peso de una individualidad descontrolada que, antes que la transgresión, era percibida sólo como “parte” de un “todo” al que era confiada. La pena da lugar entonces a respuestas ambiguas y paradójicas, se lleva a cabo la punición pero se subraya su cautela, se castiga y se retrocede. Ajusticiar públicamente a una mujer arroja luz sobre la existencia y la presencia incómoda de un/a ciudadano/a diverso y particular.

En efecto, la transgresora es portadora de fertilidad; y siempre se confirma, de todos modos, la prohibición absoluta de ajusticiar a una mujer embarazada. A menos que, como sostienen con macabro consecuencialismo algunos criminalistas, hayan pasado al menos cuarenta días del parto, o el niño se haya destetado⁷¹. Es necesario entonces que la comunidad y el poder que expresa defiendan antes que nada esta dimensión al mismo tiempo pública y sagrada del cuerpo de la mujer, respetarlo al menos exteriormente, hallando un remedio no demasiado “artificial” –como sería en cambio el verdadero y propio suplicio, visible, espectacular, antieconómico– que delegue a la naturaleza un gesto que se percibe contra-natura.

No entro en el mérito del más complejo, y en parte diferente, comportamiento en las comparaciones de la mujer culpable de un delito conectado con cuestiones religiosas. En estos casos, el castigo debe ser visible y público, y asume para la comunidad el significado de un rito colectivo, sacrificial y expiatorio. Se trata de hecho de una transgresión muy diferente de un simple delito. La violación religiosa es sentida no sólo como ofensa a la comunidad, ruptura de sus reglas y de sus equilibrios, sino sobre todo como amenaza a la colectividad entera que podría ser dañada⁷².

⁷¹ Escribe por ejemplo Andrea d'ISERNIA en 1590 “*Mulier si est pregnans, et est damnanda propter delictum, differtum iudicium post 40 dies postquam peperit*” (cit. por MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, cit., p. 37 nota). GINZBURG refiere que en 1321, en un edicto en el cual Felipe V el Alto había ordenado la hoguera para los leprosos acusados de haber envenenado fuentes y pozos, las mujeres leprosas fueron igualmente condenadas a ser quemadas a menos que no estuvieran embarazadas, en cuyo caso debían ser segregadas hasta el parto y lactancia del hijo y luego quemadas (*Storia notturna, Una decifrazione del Sabba*, Turín, Einaudi, 1986, p. 6). El art. 27 del Código Napoleón establece que “si una mujer condenada a muerte se declara y se verifica que esta encinta, no sufrirá la pena sino luego del parto”.

⁷² Es de todos modos interesante observar que Johann Wier –médico alemán del siglo XVI que discutió repetidamente la legitimidad de los procesos a las brujas– criticó los suplicios inflingidos a las mujeres acusadas de brujería como una extraña excepción a la regla general según la cual, a causa de la *infirmetas sexus*, las mujeres deben ser castigadas menos severamente que los hombres: “*Huc accedit, quod mulieres minus muniendas esse viris in eodem delicti genere, ceteris tamen per omnia paribus, universus legum consensus velit, nimirum ob animi, mentis et ingenij imbecillitatem, et sexus infirmitatem*” (WIER, J., *De lamiis liber: item de commentis ieiuniis*, Basilea, 1582, col. 90; trad. it. di A. TACUS, *Le streghe*, Palermo, Sellerio, 1991, p. 113).

No siempre el sentido profundo de las diversas formas de ejecución es unívoco y transparente. Ciertamente es que la pena, que antes de la Revolución Francesa no era “igual para todos” sino minuciosamente diferenciada en su abstracta previsión como en su concreta aplicación según las diferentes condiciones de estatus, asume para las mujeres ulteriores y específicas diferenciaciones; aun cuando no puede decirse que ser mujer sea un estatus equiparable a los otros tipos de estatus. Más que de atenuar concretamente el suplicio o la pena parece que la preocupación principal es la de *decir* y de significar de algún modo esta atenuación, que parece corresponder fundamentalmente a la genérica minusvalía que se atribuye a lo femenino.

En realidad, la diversidad femenina –aunque las mujeres hayan sido a menudo asociadas a los menores, a los viejos, a los locos y tal vez a los siervos– no ha sido jamás pensada por los legisladores como homologable a las otras diversidades. No es explicada ni justificada: su evidencia la vuelve no demostrable, no tematizable, indiscutible como un axioma o un dato de hecho. Antonio PERTILE, en su monumental historia del derecho italiano, escribe –aún en los años noventa del siglo pasado– a propósito de las penas del pasado: “La desigualdad de tratamiento de las varias condiciones de personas con las cuales tropezamos dentro de cada instituto jurídico aparece también en el sistema penal, y esta desigualdad está fundada no sólo en diversidades naturales, las que, a lo sumo, pueden ser conformes a sanos principios de economía punitiva, sino sobre todo en diversidades ficticias y sociales. Esto es, no sólo son castigadas de modo diverso por el mismo delito las mujeres respecto de los hombres, sino también los ciudadanos respecto de los forasteros, los libres respecto de los siervos, los nobles respecto de los plebeyos: tal costumbre, aunque que se le opusiera algún jurisconsulto, era aprobada por la mayoría con apoyo que incluía las fuentes romanas”⁷³.

VIII. El derecho al patíbulo

Un sentido de intolerancia hacia la evidente diferenciación referida a las mujeres en la esfera penal es el expresado, con gran lucidez, por Olympe de Gouges cuando, el día siguiente a la revolución, introduce en su declaración de los derechos de las mujeres, también el derecho a ser castigadas a la par de los hombres⁷⁴.

⁷³ PERTILE, A., *Storia del diritto penale*, en *idem*, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'imperio romano a lla codificazione*, vol. V, Turín, Utet, 1892, p. 407.

⁷⁴ DE GOUGES, O., *Dichiarazione dei diritti della donna e della cittadina* (1791), en 1789-1989. *Donne e Rivoluzione: un cammino di libertà*, Roma, Udi., Circolo “La Goccia”, 1989. Sobre Olym-

Después de haber enunciado en el artículo 6 el principio de igualdad, por fuerza del cual la ley, “expresión de la voluntad general... debe ser igual para todos” y “todas las ciudadanas y todos los ciudadanos, iguales a sus ojos, deben poder acceder igualmente a todos los cargos, puestos y empleos públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus méritos y sus talentos”, la *Declaración* de Olympe DE GOUGES reivindica, como un derecho, la igualdad entre hombres y mujeres también frente a los rigores de la ley penal: “No se hace excepción para ninguna mujer, todas deben ser acusadas, arrestadas y detenidas en los casos determinados por la ley. Las mujeres están sujetas como los hombres a esta Ley rigurosa” (art. 7). Y aun: “Una vez que la mujer es declarada culpable, debe ser sometida al pleno rigor de la ley” (art. 9); “La mujer tiene derecho de subir al patíbulo; debe también tener derecho de subir a la tribuna” (art. 10). “La garantía de los derechos de la mujer y de la ciudadana –sigue escribiendo DE GOUGES– implica una utilidad más amplia; esta garantía debe ser instituida para ventaja de todos y no para el particular beneficio de aquellos a los cuales es concedida”.

Como se ve, en la ruptura del principio de la *infirmis sexus* Olympe DE GOUGES ve un paso importante en el camino de la conquista de los derechos de las mujeres, la “tribuna” y el “patíbulo” resultan aquí claramente conectados. No se pueden reivindicar derechos políticos sin estar sujetas a los rigores de la ley, en tanto ciudadanas. La afirmación del derecho a la pena está indisolublemente unido con la reivindicación de la dignidad de las mujeres como ciudadanas y de su salida de la minusvalía⁷⁵.

Parece aquí anticipar la conocida tesis de HEGEL según la cual la pena es para el reo un derecho: “La lesión corresponde al delincuente” escribirá HEGEL, “no es solamente justa en sí misma; ella es, en conjunto, su voluntad que es en sí misma, una existencia de su libertad, su derecho”: en la pena “el delincuente es honrado como ser racional”⁷⁶. Olympe DE GOUGES

□ pe DE GOUGES, cf. GERHARD, U., *Sulla libertà, uguaglianza e dignità delle donne: il “differente” diritto di Olympe de Gouges*, en AA.VV., *Il dilemma della cittadinanza. Diritti e doveri delle donne*, Gabriella BONACCHI y Angela GROPPi (eds.), Laterza, Bari-Roma, 1993, ps. 37-58; FIORINO, *Essere cittadine francesi: una riflessione sui principi dell’89*, en *Il dilemma della cittadinanza*, cit., ps. 59-86.

⁷⁵ Mientras el Código Penal de 1791 y la Ordenanza Criminal de 1670 habían excluido a las mujeres de la pena de “galeras” y de la de “esposas”, el art. 16 del Código Napoleón establece también para las mujeres la pena de trabajos forzados, con la cual se sustituyen las viejas galeras, agregando sin embargo que ella debía ser cumplida al interior de una cárcel, sin cadenas ni bola al pie (CARNOT, M., *Commentaire sur le code penal*, París, Warea, 1823, ps. 40 y 80).

⁷⁶ HEGEL, G. W. F., *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. it., de F. MESSINEO, Bari, Laterza, 1954, 100, p. 97.

reclama en efecto lo mismo para las mujeres: que se honre su racionalidad y que se confirme su pertenencia a título pleno en la comunidad.

El nexo entre inflicción de castigo y pertenencia a pleno título a una comunidad ha sido puesto en evidencia recientemente también por Elizabeth H. WOLGAST, quien escribe: “Sin la comprensión del transgresor, el castigo es privado de sentido moral, y por lo tanto de su más fuerte justificación moral. La comprensión moral de un transgresor conserva por lo tanto un aspecto de la pertenencia a la comunidad que él ofende... La percepción del aspecto moral del castigo está ligada a la visión de sí en tanto miembro de una comunidad... la ley infringida tiene un estatuto propio al interior de una comunidad que comprende también al transgresor, aun en el momento en que se lo castiga. Un malhechor forma parte de la comunidad: no es el enemigo ni el adversario y es castigado, precisamente, en tanto perteneciente.”⁷⁷.

Tal vez sea posible interpretar las ambivalencias que se registran cuando una colectividad debe infligir una pena a una mujer justamente en esta clave: las mujeres forman parte de la comunidad de modo ambiguo, y ciertamente no con la misma plenitud de los varones; a veces son englobadas en ella, a veces son excluidas. Su esfera de pertenencia es la de partícipe de la comunidad, pero sólo en cuanto ligada de modo fundamental y subalterno a la familia. Ellas encarnan en conjunto la inferioridad social y una sublime vecindad con lo sagrado en cuanto portadoras de vida. Son por lo tanto intocables públicamente, porque en conjunto son sagradas e inferiores. Se prefiere por eso delegar su control a la familia, única entidad soberana a la cual la liga un verdadero pacto. Cuando, por cualquier razón, este control disminuye o cuando quien lo ejerce prefiere delegarlo al poder público, se manifiestan los mecanismos ambiguos del castigo bajo el signo de la política de la “atenuación simbólica”.

Existe luego otro aspecto del control social ejercido sobre las mujeres mediante la mano pública de la intervención penal. Este control parece tratar principalmente de las mujeres sin una sólida guía familiar. Se trata de un control “extremo” que surge y se aplica sólo cuando todos los otros, el doméstico, el religioso, el dictado por la ética femenina de la responsabilidad⁷⁸ son defectuosos o fallan. Son en suma solamente las mujeres que escapan a estos diversos órdenes de control las que resultan más fácilmente criminalizadas.

⁷⁷ WOLGAST, E. H., *La grammatica della giustizia*, trad. it. de Sylvie COYAUD, Roma, Editori Riuniti, 1991, p. 175.

⁷⁸ Sobre la ética femenina de la responsabilidad, cf. GILLIGAN, C., *Con voce di donna*, trad. it. de Adriana BOTTINI, Milán, Feltrinelli, 1987.

IX. Desigualdad y derecho

La evidencia natural de la diversidad de las mujeres ha justificado en el pasado y hecho *a priori* posibles y practicables todas las hipótesis de diferenciación respecto de los varones en la aplicación de la pena.

Otros elementos de diferenciación también pueden ser hallados en la construcción misma de algunas figuras delictivas. Piénsese, por ejemplo, en las diversas disciplinas del adulterio, en la obligación de declarar el propio estado de embarazo⁷⁹, en la creación para las mujeres de delitos conectados con el aborto, en el infanticidio⁸⁰, en el problema del gobierno de la prostitución, en los distintos aspectos de la prohibición de búsqueda de la paternidad y aún –aunque fuera del ámbito penal– en el papel del disciplinamiento de las costumbres femeninas que asumen en la edad moderna las antiguas leyes suntuarias⁸¹, en la regulación del luto de las viudas. Con este objetivo me parece bastante interesante y sintomático el hecho de que comúnmente no se analiza –y por eso aparece como obvio y natural– una diferenciación bastante importante relacionada con la disciplina del matrimonio, presente en el derecho civil vigente, que revela elementos arcaicos característicos que se encuentran a menudo asociados a la vida de las mujeres como ciudadanas. Me refiero a la prohibición de contraer un segundo matrimonio antes que haya transcurrido un tiempo adecuado de “luto de la viuda”. Sobre la base del deber se encuentra la prohibición de la *turbatio sanguinis* que tutelaría erradas atribuciones de paternidad a causa de la *incertitudo seminis*⁸².

No profundizaré sobre las razones de tal prohibición. Baste recordar que a partir del derecho romano se crearon principalmente dos órdenes de consideraciones: por un lado el respeto por la conveniencia y la decencia, esto es por la memoria del marido muerto, como *religio priori viro*, por el otro las cuestiones hereditarias. La mujer que se volvía a casar antes de tiempo, no teniendo en cuenta los diez meses de luto, iba al encuentro de la infamia y de sanciones patrimoniales. Este sistema, atravesando indem-

⁷⁹ POMATA, G., *In scienza e coscienza. Donne e potere nella società borghese*, Florencia, La Nuova Italia, 1979, p. 33. Sobre declaraciones de embarazo véase DEPAUW, J., *Amour illicite et société a Nantes au XVIIIe siècle*, en *Annales ESC*, XXVII, 1972, p. 1167.

⁸⁰ SELMINI, R., *Profili di uno studio storico sull' infanticidio*, Milán, Giuffrè, 1987.

⁸¹ OWEN HUGHES, D., *La moda proibita. La legislazione suntuaria nell'Italia rinascimentale*, en *Memoria*, n° 11-12, 1984, ps. 82-105. Véase también sobre diversos castigos a hombres y mujeres en materia de prostitución y de adulterio, THOMAS, K., *The double standard*, en *Journal of the History of Ideas*, n. 20, 1959, ps. 195-216.

⁸² Cf. FERRI, G., *Lutto vedovile*, en *Novissimo Digesto*, Utet, Turín, 1963, ps. 1119-1121. Véase también PINCHERLI, E., *La vedova. Patria potestà, diritti patrimoniali, seconde nozze*, Milán, F. Ili Bocca, 1901, ps. 168 y ss.; JEMOLO, A. C., *Il matrimonio*, Turín, Utet, 1957, ps. 88-90.

ne siglos y siglos, permanece casi intacto hasta nosotros. El Código Civil (artículo 89, Prohibición temporal de nuevas nupcias) prohíbe en efecto a la viuda contraer segundas nupcias antes de que hayan transcurrido trescientos días del fallecimiento o de la anulación del matrimonio anterior. Pueden existir obviamente algunas excepciones, como por ejemplo el caso en que la mujer haya parido, o cuando el matrimonio precedente haya sido anulado por impotencia del cónyuge, pero queda de todos modos el hecho de que en caso de inobservancia de la prohibición se aplica una sanción penal (artículo 140 del Código Civil) a los esposos y al oficial del registro civil. El artículo 102 del Código Civil atribuye también a los padres del marido anterior el derecho de oponerse a la celebración antes de tiempo del nuevo matrimonio. Me parece que, detrás de las motivaciones de carácter patrimonial y hereditario que parecen haber informado la obra del legislador –a partir del mítico rey Numa Pompilio, primer autor, como parece, de una ley sobre luto de la viuda, hasta nuestros contemporáneos–, se encuentra algo más importante y profundo: el temor, típico de la cultura patriarcal, del poder femenino que se manifiesta por una parte en el generar, en el ser madre de modo *cierto*, y por el otro en el *nombrar*, y por lo tanto en decidir la paternidad.

Ejemplos de derecho “desigual” también pueden encontrarse obviamente en el mundo contemporáneo en muchas otras leyes y bastaría la regulación del aborto para recordarlo. Piénsese en las normas que regulan el trabajo femenino, en el derecho de familia, en las leyes hasta hace poco tiempo vigentes sobre extensión de la ciudadanía al cónyuge. Pero también en el ámbito penal permanece un caso de desigualdad: el delito de infanticidio, que implica una pena prácticamente diversificada. En casi todas las legislaciones europeas el infanticidio se configura como un delito propio de la madre, cometido en la inmediatez del parto, cuando se supone que la mujer se encuentra en condiciones físico-psíquicas disminuidas. En algunos códigos se establece simplemente, para la madre infanticida, una pena más suave que la prevista para el homicidio. En otras, como en el italiano, existía además una figura de “infanticidio por motivo de honor” castigado “con reclusión de tres a diez años”, sustituido en la actual formulación del artículo 578 del Código Penal, por el “infanticidio en condiciones de abandono material y moral” que castiga a la madre con una pena “de cuatro a doce años”, esto es, con una medida generalmente inferior a la prevista para los eventuales partícipes aunque “hayan actuado al solo fin de favorecer a la madre”⁸³.

⁸³ Cf. FIORE, C., *Infanticidio*, en *Enciclopedia del Diritto*, XXI, Milán, Giuffrè, 1971, ps. 391-402. El artículo 578 del Código Penal establece: “la madre que cause la muerte del propio recién nacido, inmediatamente después del parto o del feto durante el parto, cuando el hecho

Circula además hace varios años, sobre todo en el área anglosajona, una hipótesis reconducible a un derecho de tipo “diferenciado”, que se expresa sobre todo en el campo penal. Me refiero al concepto de “síndrome premenstrual” o de PMT (*pre-menstrual tension*), como comúnmente se indica, que identificaría en algunas mujeres una verdadera y propia enfermedad conectada con el ciclo mensual. Este concepto, tal vez útil en el campo del derecho del trabajo para garantizar a las mujeres una mejor tutela de su salud, puede generar si es generalizado y usado en otros campos, principalmente el penal, resultados bastante peligrosos. Se ha querido sostener en efecto que algunas mujeres ven aumentar, por causa de la PMT, su agresividad, y se ha intentado por ello utilizarla como atenuante de la responsabilidad en algunos procesos penales, sobre todo en Inglaterra. El resultado, si esta “atenuante” resultara incorporada, sería francamente inaceptable: se constituiría una especie de generalizado *favor rei* respecto de las mujeres, sobreentendiendo sin embargo una capacidad de entender y de querer disminuida, aunque sea por un período de tiempo determinado. Las consecuencias serían graves, por no decir catastróficas: el retorno de la mujer, en el plano jurídico, a un estado de *minusvalía e inferioridad* permanente que no dejaría de tener consecuencias, obviamente, también en otros ámbitos del ejercicio de la libertad femenina⁸⁴.

X. Un derecho de género

Como se ha visto, para el derecho lo “femenino” ha sido por siglos un “sexo enfermo”, para gobernar y tutelar, por el sentido de minusvalía y de carencia que siempre se le asocia. Prueba de ello es la milenaria imposibilidad para las mujeres –que el derecho ha sancionado– de representar a otros que no sean ellas mismas. A las mujeres les estuvieron prohibidos los cargos públicos en cuanto forma de representación de otros y de sus intereses⁸⁵. Se les ha cerrado el ejercicio de la abogacía como asunción de una defensa no para sí, sino *pro alio*. La misma tutela de los hijos por parte de las madres ha sido objeto de contrastes y diatribas y de una larguía

☐ está determinado por condiciones de abandono material o moral conectadas con el parto, es castigada con la reclusión de cuatro a doce años. A aquellos que participen en el hecho referido en el inciso anterior se aplica la reclusión no inferior a veintiún años. Sin embargo si ellos han actuado con el sólo fin de favorecer a la madre, la pena puede ser disminuida de un tercio a dos tercios” (esto es, de siete a catorce años).

⁸⁴ Cf. LAWS, S.; HEY, V. y HEAGAN, A., *Seeing red. The politics of pre-menstrual tension*, Londres, Hutchinson, 1985; MORRIS, A., *Women, crime and criminal justice*, Oxford, Basil Blackwell, 1987, ps. 46-51.

⁸⁵ Recuérdese la máxima de ULPiano citada en la nota 5.

sima conflictualidad femenina, resuelta a menudo con soluciones de compromiso⁸⁶.

Las mujeres han sido además excluidas del poder de denunciar y de acusar por delitos cometidos en perjuicio de extraños⁸⁷. No han podido ser jueces, porque habrían encarnado una soberanía delegada de otros⁸⁸ y, análogamente, tampoco militares o políticos, por no estar habilitadas a representar el orden, la autoridad y la fuerza del pueblo o del soberano. Aun la prohibición de ser testigo, que ha negado este derecho a las mujeres de varias formas, parece expresar esta imposibilidad congénita⁸⁹.

¿Cuál es el sentido de esta imposición de no-continuidad, de no-relación con lo otro? En el plano simbólico la mujer expresa una relación de continuidad paradigmática, fundamental con *lo distinto de sí misma* porque lo genera. La exclusión jurídica de toda otra forma de representación y de tutela en la vida pública como en la civil, nace entonces, probablemente,

⁸⁶ Cf. BAGGIO, G., *Delle persone fisiche incapaci*, Turín, Utet, 1888, ps. 423-436. Cf. también CALVI, G., *Dal margine al centro. Soggettività femminile, famiglia, stato moderno in Toscana XVI-XVIII sec.*, en AA.VV., *Discutendo di storia, soggettività, ricerca, biografia*, Turín, Rosenberg e Sellier, 1990.

⁸⁷ Esta preclusión se encuentra sancionada incluso en aquella que ha sido una primer declaración solemne de derechos. El artículo 54 de la *Magna Charta* establece: "Nadie será arrestado o encarcelado por la muerte de una persona bajo acusación de una mujer, a menos que la persona muerta sea el marido de la mujer". El principio, como recordó Gaetano FILANGIERI, se encuentra en el derecho romano: cf. *Scienza della legislazione* (1783), en *La scienza della legislazione e gli opuscoli scelti*, Bruselas, Tip. de la Soc. Belgica, 1841, lib. III, cap. II, p. 337. Sobre la capacidad procesal de la mujer en el derecho canónico, cf. MINUCCI, G., *La capacità processuale della donna nel pensiero canonistico classico. Da Graziano a Ugucione da Pisa*, Milán, Giuffrè, 1989.

⁸⁸ Cf. GUERRA MEDICI, M. T., *I diritti delle donne nella società altomedioevale*, Nápoles, Esi, 1986, ps. 292-295, que después de haber recordado numerosos casos en los cuales, en la Alta Edad Media, emperatrices, reinas y señoras feudales habían presenciado juicios quizás por sus prerrogativas soberanas, señala cómo volvió a afirmarse la vieja regla romana en la Baja Edad Media.

⁸⁹ La capacidad de la mujer para atestiguar, por ejemplo, ha sido en el curso de los siglos puesta en duda más veces. "*Conditio, sexus, aetas, discretio, fama et fortuna fides: in testibus ista requiruntur*": es la fórmula mnemónica divulgada por Tancredi de Boloña, *Ordo iudicarius*, en F. C. BERGMANN (ed.), *Pillii, Tancredi, Gratiae libri de iudiciorum ordine*, 3, 6, (1216), Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1842. Fue Cesare BECCARIA quien declaró "frívolo el motivo de la debilidad de las mujeres" como factor de credibilidad, *Dei delitti e delle pene* (1776), F. VENTURI (ed.), Torino, Einaudi, 1981, § XIII, p. 32. Un último residuo de este impedimento que, como muchos otros, asociaba a las mujeres con los locos, los viejos y los menores, fue eliminado en Italia con una ley de 1877, que autorizaba a las mujeres ser testigo en "actos públicos y privados" como los contratos, los testamentos u otros. El debate parlamentario que precedió la aprobación es un ensayo esclarecedor de las ideas corrientes entonces sobre la credibilidad y confiabilidad de las mujeres.

de la exigencia de poner un límite a esta originaria y fundamental continuidad con el otro.

Excluida de funciones representativas, el derecho ha hecho siempre de la mujer un objeto de representación y de tutela, más allá de la minusvalía y de la exclusión. Hoy el derecho concede la inclusión. Y de nuevo presenta funciones de tutela, aunque sea a favor de la igualdad entre hombres y mujeres. Es claro que todo esto no puede no suscitar desconfianza. De aquí la hipótesis y la exigencia de un nuevo paradigma jurídico, de una teoría alternativa que esté en condiciones de elaborar y volver a fundar las “fuentes y principios de un nuevo derecho”⁹⁰.

Pero un nuevo derecho, cuando se presenta como “derecho diferenciado”, siempre corre el riesgo, aunque tenga por fin dar valor a la diferencia, de reafirmarla como minusvalía. No se tratará más de discriminación, sino por el contrario de tutela contra las discriminaciones. Pero será sin embargo siempre un modo de sancionar una minusvalía. Es sobre este plano, el del derecho desigual o diferenciado, que se han movido en el pasado las leyes del dominio patriarcal. Pero es también sobre este mismo plano que se mueven las intervenciones de acción positiva, que proponen una legislación de tipo emancipatoria, informadas de la idea de una “función promocional” del derecho aun para las mujeres. Se trata de un plano insidioso, por sus posibles valores regresivos, que desde hace tiempo ha sido objeto de críticas agudas y atentas por parte de las mujeres.

Más fecunda, aunque más difícil y problemática, es a mi parecer la hipótesis –completamente diferente– de un nuevo derecho como “Derecho de género”, ligado al reconocimiento y a la garantía de los derechos fundamentales, que deben al menos una parte de su sentido y de su carga normativa a la pertenencia de género. En realidad, sólo desde una perspectiva similar se pueden configurar nuevas disposiciones en las cuales puedan manifestarse libremente y tener peso la autoridad y el saber femenino.

Ciertamente, las dificultades que se oponen a tal hipótesis son muchas: antes que nada, una especie de inadecuación del derecho para tematizar, en su complejidad, el concepto mismo de “género”. La atribución de derechos a un grupo –o mejor a personas en cuanto pertenecientes a un grupo unido por una comunión cultural y por vínculos normativos internos– a fin de garantizar identidad diferente, es una operación posible, aunque no simple, que puede basarse en los principios liberales de la autonomía, de la tolerancia y, hoy en día, aun en el modelo del pluralismo

⁹⁰ Se trata del título del artículo de Maria Grazia CAMPARI y Lia CIGARINI en *Un filo di felicità*, Sottosopra, enero 1989, ps. 6-7.

jurídico⁹¹. Pero las mujeres no son un grupo. El género no está ligado a una identidad cultural ni cimentado por vínculos normativos que no sean los vínculos “políticos” libremente contruidos entre mujeres. Tampoco puede ser equiparado a otras formas de “identidades diferentes”, propias de minorías o de grupos oprimidos, que sin embargo reclaman “protección”, al menos porque el género no es una “identidad diferente” que pueda, como las otras, ser removida, o superada, o neutralizada, o compensada. La diferencia de género es irreductible. Las mujeres son irreductiblemente diferentes de los hombres y viceversa. El príncipe, escribe WOLGAST⁹², puede cambiarse con el pobre, pero no puede cambiarse con una mujer, aunque fuera una princesa.

“Derecho de género” quiere decir entonces, simplemente, que mujeres y hombres son individuos portadores de derechos fundamentales sexuales. Esto parece algo obvio. Sin embargo se advierte un gran miedo, como si declinar los derechos según el sexo corriera el riesgo de afectar de algún modo el principio de igualdad y de llevar, *por esto*, a algo regresivo. Pero precisamente la igualdad no puede ser realizada entre los géneros si no se supera la lógica de la mera tutela propia del derecho diferenciado y si no nos movemos “sobre la ley”, desde un horizonte que la trasciende⁹³. La tutela, de hecho, termina siempre por reproducir no el paradigma de la *diferencia-diversidad*, sino el de la *diferencia-inferioridad* de la minusvalía biológica de triste memoria. Si alguna indicación podemos extraer del pasado, ella es seguramente la de evitar los ambiguos recorridos de la tutela y del derecho diferenciado: poco importa si hoy son propuestos nuevamente con intenciones loables.

⁹¹ Cf. CORSALE, M., *Pluralismo giuridico*, en *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milán, Giuffrè, 1983, ps. 1003-1026.

⁹² WOLGAST, E. H., *Equality and the Rights of Women*, Itaca y Londres, Cornell University Press, 1980, p. 14.

⁹³ Cf. CIGARINI, L., *Sopra la legge*, en “Via Dogana,” n° 5, 1992, ps. 3-4. Véase también, contra la reaparición en el derecho moderno de la diferencia sexual como objeto de tutela y no como fuente de medida autónoma, DOMINJANNI, L., *Donne si nasce, differenti si diventa. L'eguaglianza e il percorso femminista*, en “Il Bimestrale”, suplemento de “Il Manifesto”, 31 de enero de 1989, ps. 74-78. En el mismo fascículo cf., además, BOCCIA, M. L., *L'eguaglianza impermeabile. Il corpo femminile ridisegna l'orizzonte dei diritti uguali*, ps. 81-86.