



INFIRMITAS SEXUS. LA MUJER EN EL IMAGINARIO PENAL¹

Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona
el 29 de noviembre de 2012

Marina Graziosi

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 solo 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 en 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 solo la más antigua y la más duradera en el tiempo sino también aquella cuyo diseño y cuyas motivaciones están inscriptas más claramente en el derecho. Por lo tanto, para

¹ Traducción realizada conjuntamente por Marina Graziosi e Iñaki Rivera Beiras, previamente a su lectura por la autora, ahora revisada en octubre de 2022, a los diez años de su exposición.

reconstruir la historia es posible referirse a un *corpus* ya dado y articulado de normas, 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 solo 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 solo 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 de manera estable 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 correctamente - el universal neutro de las declaraciones de los derechos, de hecho, ha 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 asumido 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 el público existían al menos hasta el primer decenio del '900 -y para algunos ámbitos aún más- varias formas de una suerte de tutela hacia las mujeres que les impedían ejercer una ciudadanía plena. La exclusión del derecho de voto y del derecho de administrar el propio patrimonio de un modo completamente autónomo, 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 conocido que en el pasado no solo se hayan practicado modos diferentes de castigar 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 Antiguo Régimen, se extendían también a la construcción de algunos delitos y han sido a menudo propuestas nuevamente por importantes criminalistas aun en el '900. 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- para que tengan en cuenta entre otros un elemento de hecho, 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 su persistencia en el derecho del presente sino brindar un sentido a la *ratio* que ha guiado a quien la ha construido. Lo sorprendente es 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 otro lado, parece revelar, de un modo más claro, las estructuras simbólicas que han guiado al legislador, por ser en cambio más cercanas - 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 periodicidad. Privilegiando, en cuanto particularmente significativas, las teorizaciones de los criminalistas del siglo pasado, preferí -en una perspectiva de largo alcance- seguir un criterio temático que identifica los filones más importantes. El primero se relaciona con la cuestión de la imputabilidad penal de las mujeres, y el segundo, con la diferenciación de la pena.

LA IMPUTABILIDAD DE LAS MUJERES

Desde el comienzo del siglo XIX, 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 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 interesado desde entonces a los juristas principalmente desde dos aspectos: por un lado, el del control de la esfera de la sexualidad en la definición y construcción de los delitos de adulterio, aborto, estupro, seducción o infanticidio, esto es, delitos específicamente connotados por el sexo femenino; por el otro, el de la necesidad de colocar un límite - cuyo valor puramente simbólico requiere aun investigación - al castigo penal

infligido al cuerpo femenino. La cuestión de la imputabilidad femenina había sido considerada 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 *infirmittas sexus*, el impedimento debido al sexo. En este periodo 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 imputabilidad. 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 *infirmittas 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 su significado y alcance. Por esto 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 complejidad del ánimo femenino ¿vuelve a las mujeres que delinquen más o menos culpables?

Escribe 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 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".

¿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 - y así dejan 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.

Un elemento recurrente en la literatura criminalística del siglo XIX 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 el 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*, que, en sus primitivas formulaciones, mantiene prácticamente intacta su vitalidad en el transcurso del siglo, difundándose 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* desplegara 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 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 abogacía, 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 invalido un testimonio femenino. 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 interpolaciones. Lo que interesa entonces no es tanto la reconstrucción del sentido legítimo de la *infirmas* como aparecía en la obra de los jurisconsultos sino el hecho de que ella había representado en el curso de los siglos un vínculo con la sabiduría antigua en la justificación y el fundamento de la subordinación de las mujeres. Aun con diferentes determinaciones, la minusvalía femenina parece haber sido ya tematizada por los criminalistas: cuando pensadores como Herbert Spencer, Charles Darwin o Auguste 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 sobre temas de femineidad y razón, por ejemplo. Así Farinaccio, cuyo monumental tratado *Praxis y theorica criminalis (1604)* 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 racionalidad. Tesis que en gran parte retoma TiraqueIlo, 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 posteriores. "*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*"

¿UN DOBLE SISTEMA PUNITIVO?

Aunque en Italia el Código Penal de Zanardelli de 1889 pareció cerrar la discusión excluyendo el sexo como factor que disminuye 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 mujeres, 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, 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 Bossi. Y La cuestión del cuerpo femenino nunca fue tan tematizada y profundizada por la reflexión jurídica como en este periodo, gracias también a la 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 el origen de una inestabilidad nerviosa que potencialmente puede conducir al delito, algunos proponían para las mujeres criterios distintos de punibilidad.

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 embarazo, en la creación para las mujeres de delitos conectados con el aborto, en el infanticidio, en el problema del gobierno de la prostitución, en los distintos aspectos de la prohibición de búsqueda de la paternidad y aun -aunque fu era del ámbito penal- en el papel del disciplinamiento de las costumbres femeninas que asumen en la Edad Moderna las antiguas leyes suntuarias, en la regulación del luto de las viudas.

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".

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 intereses. 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 larguísima conflictualidad femenina, resuelta a menudo con soluciones de compromiso. Las mujeres han sido además excluidas del poder de denunciar y de acusar por delitos cometidos en perjuicio de extraños. No han podido ser jueces, porque habrían encarnado una soberanía delegada de *otros* 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 congénita. ¿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, 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, mas 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". Pero un nuevo derecho, cuando se presenta como "derecho diferenciado", siempre corre el riesgo, aunque tenga como fin dar valor a la diferencia, de reafirmarla como minusvalía. No se trataría más de discriminación sino, por el contrario, de tutela contra las discriminaciones. Pero, sin embargo, será siempre un modo de sancionar una minusvalía. Sobre este plano, el del derecho desigual o diferenciado, se han movido en el pasado las leyes del dominio patriarcal. Pero es también sobre este mismo plano donde 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, solo 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 jurídico. 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 construidos 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, superada, neutralizada o compensada. La diferencia de género es irreductible. Las mujeres son irreductiblemente diferentes de los hombres y viceversa. El príncipe, escribe E.H. Wolgast, 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 sexuados. 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 trascienda. 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.

RACIONALIDAD, LIBRE ALBEDRIO, IMPUTABILIDAD

Un aspecto que vuelve particularmente interesante el paradigma jurídico de la diversidad-inferioridad femenina que se desarrollara en el transcurso del siglo XIX es que el XX (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. En primer lugar, la de la escasa racionalidad de las mujeres.

Nota 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 San Jerónimo a san 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, 1, 1991, pp. 170-174. I \ *Infirmas sexus*. La mujer en el imaginario penal 143

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 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 que algunas mujeres ven aumentar, por causa de la tensión premenstrual, 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 periodo determinado. Las consecuencias serían graves, por no decir catastróficas: el retorno de la mujer, en el plano jurídico, a un estado de *minusvalia e inferioridad* permanente que no dejaría de tener consecuencias, obviamente, también en otros ámbitos del ejercicio de la libertad femenina.

Notas

La capacidad de la mujer para atestiguar ha sido en el curso de los siglos puesta en duda más veces. "*Conditio, sexus, aetas, discretio, fama et fortuna, fides: in testibus ista requires*": es la fórmula mnemónica divulgada por Tancredi de Bologna (1216). Fue Cesare Beccaria quien declaró "frívolo el motivo de la debilidad de las mujeres" como factor de credibilidad, *Dei delitti e delle pene* (1776) §XII. (En F. Venturi(ed.), Torino, Einaudi, 1981, p.32.

Ulpiano escribe: «Verbum hoc, «sic quis» tam masculos, quam feminas complectitur» (D. 50 .I6.1). De acuerdo con esta máxima el docto valenciano Lorenzo MATHEU Y SANZ (1618- 1680), en su *Tractatus de re criminali* (1676), Venetiis, ex Typographia Balleoniana, 1750, p. 105, sostuvo, contra el parecer de otros estudiosos, que los romanos en las sanciones penales no establecían diferencia alguna entre los dos sexos y que se excusaba a la mujer solo en los delitos no dolosos.