

Francesco Bilotta
Profesor Investigador
Universidad de Udine

Salvatore Patti
Profesor Ordinario
Universidad “La Sapienza” de Roma

Angelo Venchiarutti
Profesor Asociado
Universidad de Trieste

Michele Sesta
Profesor Ordinario
Universidad de Bolonia

Giuseppe Vettori
Profesor Ordinario
Universidad de Florencia

Giulio Ponzanelli
Profesor Ordinario
Universidad del Sagrado Corazón

Giovanni Marini
Profesor Ordinario
Universidad de Perugia

Antonello Miranda
Profesor Ordinario
Universidad de Palermo

Raffaele Torino
Profesor Ordinario
Universidad de Roma Tres

Visite

www.edicionesolejnik.com



Se trata en sustancia de un libro vivaz e inteligente, y de un observatorio en que puede contemplarse, con curiosidad y espiritual finura, la integral experiencia jurídica mediante el trabajo y los resultados de la doctrina y de la jurisprudencia. Debemos estar agradecidos al trabajo de los directores de este volumen por haber privilegiado las fuentes italianas en trazar un itinerario brillante, confirmando una tradición de constante y fructuoso diálogo entre los estudiosos italianos y los latinoamericanos (y, en particular, con los juristas peruanos).

Pietro Rescigno
Profesor Emérito de la Universidad “La Sapienza” de Roma
Miembro de la Accademia Nazionale dei Lincei

Es significativo que en esta obra la transformación del Derecho en curso en la época contemporánea se encuentra bajo el signo del derecho comparado.

En el mundo actual, el derecho comparado ofrece la clave para comprender como, en escala mundial, las diversas sociedades humanas afrontan desafíos que implican el balance de valores, como los juristas de diversos países descubren la vía para regular fenómeno nuevos, y para coordinar – al menos en alguna medida – las normas elaboradas en el país con las acogidas en otros países

Michele Graziadei
Profesor Ordinario de la Universidad de Turín
(Italia)

Presidente de la *Società Italiana per la Ricerca nel Diritto Comparato-SIRD*

El libro que se presenta, en la pluralidad de las voces, de los métodos y de los argumentos, demuestra la importancia y la fuerza de la escuela italiana de derecho comparado que siempre ha representado un modelo en el panorama internacional.

Francesca Benatti
Profesora Asociada
Universidad de Padua



Gaspar van Wittel
“Il Colosseo e l’Arco di Costantino”



Ediciones
Olejnik

DERECHO PRIVADO Y COMPARACIÓN JURÍDICA
EL APOORTE DE LA ESCUELA JURÍDICA ITALIANA

CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES
SONIA LIDIA QUEQUEJANA MAMANI
(DIRECTORES)

CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES SONIA LIDIA QUEQUEJANA MAMANI
(DIRECTORES)

CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES SONIA LIDIA QUEQUEJANA MAMANI
(DIRECTORES)

BIBLIOTECA DE DERECHO COMPARADO

Lex

DERECHO PRIVADO Y COMPARACIÓN JURÍDICA EL APOORTE DE LA ESCUELA JURÍDICA ITALIANA



Ediciones
Olejnik

Pietro Rescigno
Profesor Emérito
Universidad “La Sapienza” de Roma
Miembro de la Accademia Nazionale dei Lincei

Michele Graziadei
Profesor Ordinario
Universidad de Turín
Presidente de la *Società Italiana per la Ricerca nel Diritto Comparato-SIRD*

Guido Alpa
Profesor Emérito
Universidad “La Sapienza” de Roma

Guido Calabresi
Sterling Professor Emeritus of Law and
Professorial Lecturer in Law
Yale University

Francesca Benatti
Profesora Asociada
Universidad de Padua

Filippo Viglione
Profesor Asociado
Universidad de Padua

Pietro Sirena
Profesor Ordinario
Universidad Bocconi

Luigi Garofalo
Profesor Ordinario
Universidad de Padua

Sabrina Peron
Abogada en Milán

Enrico del Prato
Profesor Ordinario
Universidad “La Sapienza” de Roma

Shaira Thobani
Investigadora
Universidad de Turín

Vincenzo Zeno-Zencovich
Profesor Ordinario
Universidad de Roma Tres

BIBLIOTECA DE DERECHO COMPARADO

Luigi Moccia
(Director)

Carlos Antonio Agurto Gonzáles
Sonia Lidia Quequejana Mamani
Benigno Choque Cuenca
Luis Alejandro Luján Sandoval
(Coordinadores Generales)

Pietro Rescigno / Michele Graziadei / Guido Calabresi / Guido Alpa
Luigi Garofalo / Pietro Sirena / Francesca Benatti / Angelo Venchiarutti
Enrico del Prato / Salvatore Patti / Vincenzo Zeno-Zencovich
Filippo Viglione / Giovanni Marini / Giuseppe Vettori
Giulio Ponzanelli / Shiara Thobani / Sabrina Peron / Francesco Bilotta
Michele Sesta / Raffaele Torino / Antonello Miranda

Carlos Antonio Agurto Gonzáles
Sonia Lidia Quequejana Mamani
(Directores)

DERECHO PRIVADO

Y COMPARACIÓN JURÍDICA

EL APORTE DE LA ESCUELA JURÍDICA ITALIANA

Presentación
Pietro Rescigno
Profesor Emérito de la Universidad «La Sapienza» de Roma
Miembro de la Accademia dei Lincei

Prefacio
Michele Graziadei
Profesor Ordinario de la Universidad de Turín
Presidente de la *Società Italiana per la Ricerca nel Diritto Comparato-SIRD*

Prólogo
Francesca Benatti
Profesora Asociada
Universidad de Padua

Edición al cuidado de
Benigno Choque Cuenca
Francisco Manuel Salas Contreras



Título: DERECHO PRIVADO Y COMPARACIÓN JURÍDICA.
EL APORTE DE LA ESCUELA JURÍDICA ITALIANA

© PIETRO RESCIGNO / MICHELE GRAZIADEI / GUIDO CALABRESI
GUIDO ALPA / LUIGI GAROFALO / PIETRO SIRENA / FRANCESCA BENATTI
ANGELO VENCHIARUTTI / ENRICO DEL PRATO / SALVATORE PATTI
VINCENZO ZENO-ZENCOVICH / FILIPPO VIGLIONE / GIOVANNI MARINI
GIUSEPPE VETTORI / GIULIO PONZANELLI / SHIARA THOBANI
SABRINA PERON / FRANCESCO BILOTTA / MICHELE SESTA
RAFFAELE TORINO / ANTONELLO MIRANDA

Directores del volumen

CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES
SONIA LIDIA QUEQUEJANA MAMANI

De la traducción

CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES
SONIA LIDIA QUEQUEJANA MAMANI
LUIS ALEJANDRO LUJÁN SANDOVAL
GIANMARCO TEVES SANCA

© Ediciones Olejnik
Huérfanos 611, Santiago - Chile
E-mail: contacto@edicionesolejnik.com
Web site: <http://www.edicionesolejnik.com>

Primera edición en Ediciones Olejnik: 2020

ISBN: 978-956-392-803-7

Diseño de Carátula: Ena Zuñiga

Diagramación: Luis A. Sierra Cárdenas

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Impreso en Argentina 2020 Printed in Argentina

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	13
PREFACIO	17
PRÓLOGO	19
CAPÍTULO PRIMERO DOCTRINAS GENERALES	
EL DERECHO Y SUS CONCEPCIONES Guido Alpa	
a) Acepciones del término «Derecho»	23
b) El Derecho en sentido objetivo	24
FE EN EL DERECHO: EL DERECHO EN LAS CRISIS Y LA CRISIS DEL DERECHO Guido Calabresi	
.....	25
BREVES REFLEXIONES SOBRE EL CONTRATO Y LA GLOBALIZACIÓN Francesca Benatti	
1. El problema político	31
2. El civil law v. common law	33
3. (Continuación) El modelo de ley común y su influencia	36
4. Perfiles técnicos del contrato globalizado	38
EL CONTRATO Y SU INTERPRETACIÓN EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN Filippo Viglione	
1. Los reflejos de la globalización en el derecho de los contratos	41
2. Técnicas de redacción del contrato	43
3. El paradigma dominante de la razonabilidad	44
4. Conclusiones	47
LOS PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DEL DERECHO DE LOS CONTRATOS Y EL DERECHO NACIONAL DE LOS CONSUMIDORES Pietro Sirena	
1. La naturaleza jurídica de los PLDC	51

2.	La libertad de las partes contratantes de elegir los PLDC como ley aplicable a su contrato	53
3.	La interpretación del derecho nacional y uniforme según los PLDC	55
4.	La hipótesis de una reforma legislativa basada en los PLDC y los proyectos de un código civil europeo	56
5.	La (¿aparente?) inaplicabilidad de los PLDC a los contratos de los consumidores	60
6.	Conclusiones	62
¿QUÉ ES EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO? Guido Calabresi		
.....		65
PIETRO RESCIGNO, COMPARATISTA Michele Graziadei		
.....		69
CAPÍTULO SEGUNDO PERSONA Y DAÑOS		
HUMANITAS Luigi Garofalo		
.....		79
APUNTES SOBRE LA LIBERTAD Sabrina Peron		
1.	Libertad: las premisas	87
2.	Libertad: el catálogo	89
3.	La libertad en la Carta Constitucional	92
INTENTO Y PROCREACIÓN Enrico del Prato		
1.	Premisa: la procreación como hecho jurídico y el principio de verdad. ¿Cuál optar?	95
2.	El régimen actual	96
3.	Procreación heteróloga con gamentos masculinos naturales y artificiales: irrelevancia de la eventual identidad de intentos	97
4.	La alteración del estado y el régimen civil	97
5.	El interés al conocimiento del origen propio y las razones que pueden sostenerlo	97
6.	La fecundación heteróloga con gametos femeninos	98
7.	Los actos dispositivos sobre los gametos	98
8.	Fecundación heteróloga y maternidad subrogada. ¿Relaciones parentales atípicas?	99
JURIDIFICACIÓN DE LA PERSONA Y LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Shaira Thobani		
.....		101

¿POR QUÉ SE DEBE REFUNDAR
EL SIGNIFICADO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN?
Vincenzo Zeno-Zencovich

1.	El punto de partida	111
2.	La anquilosis de la que debe liberarse	111
3.	La red como lugar de identidad y pensamiento	112
4.	La fusión entre comunicación y libertad de expresión	114
5.	El acceso a la red como derecho fundamental y prioritario	115
6.	Una modesta propuesta	116

LA PERSONA MÁS ALLÁ DE LA ESFERA SEXUAL: LA CULTURA DEL SILENCIO,
EL SILENCIO DEL DERECHO
Francesco Bilotta

1.	Introducción	117
2.	Las palabras que nos definen tienen su historia	118
3.	El silencio como componente de la cultura	122
4.	El prejuicio: el resultado del silencio	124
5.	El poder y el Derecho	125
6.	El Derecho como factor de cambio cultural	127

LAS UNIONES CIVILES EN ALEMANIA
Salvatore Patti

.....	131
-------	-----

ASISTENCIA PSIQUIÁTRICA Y PROTECCIÓN CIVIL DE LA PERSONA
DISCAPACITADA: RECURRENCIA Y POSIBILIDAD DE REFORMA
Angelo Venchiarutti

1.	La aprobación de la reforma de asistencia psiquiátrica	135
2.	La tutela de la salud mental en el ámbito de la ley de reforma sanitaria ..	138
3.	Organización del tratamiento de la enfermedad mental	139
4.	Los tratamientos y verificación sanitaria por enfermedad mental	141
5.	Enfermedad mental y derecho privado	143
6.	Modelos extranjeros de la protección civil de la persona discapacitada ...	145
7.	La nueva medida de apoyo	146
8.	El cuidado de la persona	149
9.	Consideraciones conclusivas	151

¿CUÁLES SON LOS INSTRUMENTOS PARA DAR ACTUACIÓN A LAS
DIRECTIVAS ANTICIPADAS?
Michele Sesta

1.	Directivas anticipadas y consentimiento al tratamiento médico: Las dificultades de admitir el consentimiento prestado «ahora para entonces»	155
2.	La administración de asistencia como instrumento de actuación de la voluntad precedentemente manifestada	160

COLISIONES TRANSATLÁNTICAS: CONSENTIMIENTO Y CONTRATO EN EL
TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES

Michele Graziadei

1.	Introducción	165
2.	Los amigos americanos, y nosotros europeos: dos o tres diferencias en materia de protección de los datos personales	167
3.	Un cuadro normativo fragmentario y un consentimiento «débil»	170
4.	El consentimiento y el vértice de los requisitos inderogables que lo circundan	171
5.	Terrenos comunes	172

DAÑO NO PATRIMONIAL Y DERECHOS INVIOlables

Giuseppe Vettori

1.	Los antecedentes	175
2.	La relectura constitucional del daño resarcible	176
3.	Concepto y autonomía del daño existencial	177
4.	El daño no patrimonial por incumplimiento	179
5.	Integridad y duplicación del daño	180
6.	La prueba y la demanda	181
7.	Daño no patrimonial y derechos inviolables en la actualidad	182
	a) Tipicidad o atipicidad del daño no patrimonial	182
	b) Los intereses constitucionalmente relevantes	183
	c) La calificación del interés lesionado y la injusticia constitucional del daño	185
	d) La gravedad de la ofensa	186

SECCIONES UNIDAS: EL «NUEVO ESTATUTO» DEL DAÑO NO PATRIMONIAL

Giulio Ponzanelli

1.	Premisa: las cuatro decisiones del 11 de noviembre del 2008	189
2.	Los principales pasajes de las decisiones	190
3.	La unidad del daño no patrimonial	190
4.	La injusticia constitucionalmente calificada	191
5.	La prueba y el perfil de las duplicaciones: el caso del daño moral subjetivo	192
6.	Algunas breves conclusiones	194

NUEVAS Y ANTIGUAS LECTURAS DEL DAÑO A LA PERSONA

Giovanni Marini

1.	Valor «persona» y sistema de la responsabilidad civil	195
2.	El estado de la situación en Italia	196
3.	La responsabilidad civil entre público y privado	198
4.	De la igualdad a los derechos fundamentales	199
5.	Coherencia del sistema y daño existencial	203
6.	La revisión funcional de la tutela resarcitoria y la superación de la distinción daño patrimonial/daño no patrimonial	207
7.	Responsabilidad civil y construcción social. La responsabilidad civil como derecho de la sociedad «plural»	208
8.	Una nueva función de la responsabilidad civil: la función «disciplinante» ...	211

CAPÍTULO TERCERO
FAMILIA Y SUCESIONES

«FAMILIAS Y ANTIGUOS DERECHOS»: BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA
EVOLUCIÓN DE LA RELACIÓN ENTRE DERECHO, FAMILIA Y SOCIEDAD
Antonello Miranda

..... 217

LA RESPONSABILIDAD ENDOFAMILIAR EN FRANCIA
Raffaele Torino

1. La familia como originaria área de inmunidad en los sistemas de Civil Law 223
2. La responsabilidad por ilícitos entre cónyuges en Francia 223
3. Resarcimiento de los daños por disolución del matrimonio y acciones de resarcimiento de daños derivados de la violación de los derechos conyugales 224
4. Complicidad en el adulterio y resarcimiento del daño 228
5. Actos ilícitos ocasionados por los padres respecto a los hijos 228

LAS SUCESIONES TESTAMENTARIAS
NOCIONES GENERALES
Pietro Rescigno

1. Las «disposiciones» testamentarias: el contenido típico y las disposiciones no patrimoniales 231
2. Institución del heredero y legatario. La desheredación 232
3. Testamento y autonomía negocial 234
4. Formalismo testamentario. El hológrafo 235
5. Dignidad de las formas permitidas al privado en la materia 237
6. Crítica y «legitimidad» del formalismo en la jurisprudencia. Testamento epistolar y proyecto de testamento 240
7. Voluntad y forma. Documento y disponibilidad de la forma 242
8. Los testamentos especiales. Notas finales sobre la solemnidad 245

LA PERSONA MÁS ALLÁ DE LA ESFERA SEXUAL: LA CULTURA DEL SILENCIO, EL SILENCIO DEL DERECHO

FRANCESCO BILOTTA

1. Introducción

En primer lugar, quisiera precisar que, a lo largo de este ensayo, utilizaré la palabra «Derecho» sin referirme tan solo a las normas contenidas en un texto legislativo, sino también al conjunto de reglas de comportamiento que sinérgicamente el legislador, el magistrado, el teórico y todos los prácticos del Derecho (funcionarios públicos, abogados) aportan para crear una mixtura de documentos escritos y afirmaciones orales, es decir una praxis no verbalizada¹.

Empezamos por una constatación: la cultura en la que estamos sumergidos, entendida como el conjunto de símbolos que son capaces de describir y de volver comunicable la realidad que nos rodea², se alimenta de construcciones que no son nada más que construcciones más o menos complejas, expresadas de diversas formas, descriptivas de lo que nosotros aceptamos como real³. No analizaré la cuestión de la discusión acerca de si lo real existe antes y a pesar de su narración. A mí me interesa sostener que una parte socialmente muy considerable de lo que noso-

¹ «La idea legalista, que confunde Derecho y ley, pudo conseguir y consigue comprensibles éxitos, ya que la ley revolucionaria estaba comprometida en enterrar las costumbres feudales y pueblerinas, y el estatalismo hegeliano recorría a la idea de la ley, expresión de la voluntad del Estado. Sin embargo, la idea de la necesaria estatalidad y legalidad de Derecho, ha perdido y pierde terreno en modo creciente, desde el inicio del siglo XX», así R. SACCO, *Antropología jurídica: contributo ad una macrostoria del diritto*, Il Mulino, Bolonia, 2007, 80.

Resalta N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, cit., 153: «Si con la expresión Derecho se designa no el conjunto de las disposiciones legislativas, sino el conjunto de normas que tales disposiciones expresan con su significado, entonces, no se puede no admitir que el resultado nace no de la legislación en cuanto tal, sino de la interpretación de todo el sistema de las fuentes, y por ende, de la colaboración entre legislador e intérpretes».

M. BUSSANI, *Il diritto dell'occidente. Geopolitica delle regole globali*, Einaudi, Turín, 2010, 8, define como errada la equiparación entre ley y Derecho.

² Esta definición de cultura se puede deducir de las obras de Pierre BOURDIEU y de sus reflexiones sobre el pensamiento de Émile DURKHEIM, sobre el cual véase S. BELARDINELLI, L. ALLODI (al cuidado de), *Sociologia della cultura*, Franco Angeli, Milán, 2006.

³ La referencia es el particular a la teoría de los «objetos sociales» de M. FERRARIS, *Manifesto del nuovo realismo*, Roma-Bari: Laterza, 2012.

tros llamamos real, de hecho es el fruto de una construcción que surge y se desarrolla a través de la comunicación⁴.

«La palabra» es un elemento clave de cada dinámica cultural, por eso será necesario reflexionar sobre algunas palabras y la construcción de su sentido, importantes para nuestro razonamiento. Me refiero a las palabras «homosexual», «homosexualidad» y «sexo».

Desde mi punto de vista, que intentaré ilustrar, el Derecho se encuentra en una posición estratégica en la relación entre la construcción social y el ejercicio del poder. El Derecho nace para canalizar el ejercicio del poder y convertirlo al máximo posible en algo previsible y aceptable por los que lo acatan. Pero el poder preexiste al Derecho y su legitimación originaria reside en la cultura de un país o de la población⁵.

El poder de los hombres hacia las mujeres y las normas jurídicas que lo han ratificado en el tiempo, encontraba en la descripción de la mujer como ser inferior y necesitado de protección y cuidado, su legitimación originaria⁶. Sin esta cultura machista, sin la expresión cotidiana de ese poder, no habiéramos necesitado normas que lo frenarán. Sin embargo, no tendríamos ni siquiera unas normas que ratificarán que en el mundo podamos o tengamos que estar encasillados desde el nacimiento entre los varones o las mujeres, olvidando no solo las personas intersexuales, sino también todas esas personas que no quieren definirse ni varones ni mujeres y todas esas otras que se definen como uno u otra a pesar de la forma de su cuerpo⁷. Pero vamos por orden.

2. Las palabras que nos definen tienen su historia

Las palabras que nos definen no surgen de la nada. Tienen una historia y un contenido que se ha plasmado en el tiempo. Comprender la evolución y la historia de ese contenido, contribuye a aclarar su sentido actual, pero también nos advierte de la posibilidad de que son modificables todas las palabras y las construcciones sociales que en esas palabras están implicadas.

⁴ La referencia necesaria es a la teoría del «constructivismo social», en base a la cual todo objeto social existe en cuanto es negociado en la interacción entre todos los componentes de la sociedad o del grupo de referencia. Sobre la materia véase, V. UGAZIO, *La costruzione della conoscenza. L'approccio europeo alla cognizione del sociale*, Franco Angeli, Milán, 1997, 44.

⁵ En otras palabras, es lo que Bourdieu denomina el «campo del Derecho», cfr. P. BOURDIEU, *Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective*, en: F. CHAZEL, J. COMAILLE (éds.), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, Collection Droit et société, París, 1991, pp. 95-99.

⁶ «A los ojos de las mujeres, la fuerza crea el Derecho, ya que los derechos que éstas reconocen a los hombres, provienen de su fuerza; por ello, cuando una sociedad se descompone, las mujeres son las primeras a arrojar a los pies de los vencedores», así S. DE BEAUVOIR, *Il secondo sesso*, trad. it. de R. Cantini y M. Andreose, Il Saggiatore, Milán, 2002, p. 696.

⁷ «Desde el siglo XVIII en adelante, la idea dominante, pero en ningún modo universal, era que existían dos sexos opuestos, estables, inconmensurables, y que la vida política, económica y cultural de los hombres y las mujeres, sus roles en relación al género, están en un modo o en otro fundados sobre estos «hechos». La biología – el cuerpo estable, a histórico, es concebida como base epistémica de las afirmaciones normativas concernientes al orden social», así T. LAQUEUR, *L'identità sessuale dai Greci a Freud*, trad. it. de G. Ferrara Degli Uberti, Laterza, Roma-Bari, 1992.

«Homosexualidad» es una palabra más bien reciente en el vocabulario occidental⁸. Hasta la segunda mitad del siglo diecinueve este término no existía. Pero por supuesto existían las personas homosexuales... ¡o al menos eso creo! No obstante, en un cierto momento de la historia del hombre, se advierte la necesidad de indicar con un sustantivo un sujeto cuyo comportamiento sexual se caracterizaba por una atracción exclusiva hacia personas de su mismo sexo.

Recientemente, los estudios lingüísticos han sido flanqueados por estudios computacionales, con los cuales se ha demostrado que el rojo ha sido uno de los primeros colores que tuvieron un nombre⁹. ¿Por qué? Porque nuestro ojo tiene dificultades para identificar las diferentes tonalidades del rojo y, por ende, lo más fácil es encontrar un acuerdo sobre lo que sea o no sea rojo. Asimismo, los demás colores que vemos con muchos más matices necesitarán de más tiempo para ser definidos y, por ende, denominados.

En el caso de la homosexualidad, la dinámica ha sido más o menos la misma, pero con una aclaración para mí muy importante, y que vamos a ver enseguida.

Lo que era visible de la homosexualidad en occidente – es evidente que mi razonamiento toma como punto de partida la cultura europea e italiana en particular – era un comportamiento distinto a nivel sexual respecto al de la mayoría de los demás individuos¹⁰. Si todo estaba reducido a esto, en teoría la palabra tendría que haber nacido inmediatamente. La cuestión es que si descuidamos todos los demás sustantivos que en el tiempo han funcionado como sinónimos, la palabra homosexual indica un fenómeno que en un determinado tiempo es fácilmente identificable y socialmente desconocido. Cuando nace la exigencia social de individualizar el comportamiento homosexual, entonces el acuerdo sobre la palabra se encuentra de inmediato y se pone la atención exclusivamente en el comportamiento sexual, erótico. No se cuidan para nada las personas ni sus sentimientos, mientras que en torno al comportamiento heterosexual (palabra que nace después de homosexual) al mismo tiempo se había creado una literatura muy rica que indagaba suertes y sentimientos¹¹.

No obstante, tener sexo con personas de su mismo sexo ha adquirido diversos significados en el tiempo. Desde el concepto griego de *paideia* hasta el significado con-

⁸ «Homosexualidad es una de las palabras (a menudo no la más elegante) de la cual se conoce la fecha de nacimiento 1869», así P. ZANOTTI, *Il gay. Dove si racconta come è stata inventata l'identità omosessuale*, Fazi editore, Roma, 2005, p. 15. En efecto, en ese año Karl-Maria Kertbeny la utilizó por primera vez en un panfleto anónimo para protestar contra la introducción por parte del Ministerio de Justicia prusiano de normas para la punición de actos sexuales entre dos personas de sexo masculino. Lo recuerda V. LINGIARDI, *Citizen gay. Famiglie, diritti negati e salute mentale*, Il Saggiatore, Milán, 2007, 17.

⁹ Nos brinda noticia con una entrevista a Vittorio Loreto, físico de la Universidad «La Sapienza» de Roma y coordinador del grupo «*Information Dynamics*» en la Fundación ISI de Turín, G. BECCARIA, *Así se aprende a decir rojo*, en: *La Stampa*, 15 de febrero del 2012.

¹⁰ Bajo este perfil es interesante el ensayo de I. D. CROZIER, *The Medical Construction of Homosexuality and its Relation to the Law in Nineteenth-Century England*, trad. it. de F. Bilotta, en: *ALTER-azioni. Introduzione alle sociologie delle omosessualità*, (al cuidado de) C. RINALDI, Mimesis, Milán, 2012, 27-58.

¹¹ L. G. TIN, *L'Invention de la culture hétérosesuelle*, Edition Autrement, París, 2008.

temporáneo a nivel cultural de esta actitud hay un abismo¹². Pero entre esos tiempos y los nuestros no hay un vacío. Este comportamiento sexual ha sido tomado en consideración en diversas épocas y sometido a reglas jurídicas de condena¹³. Las leyes de diversas partes del mundo han condenado las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo a partir de la edad romana clásica y después a través de la legislación justiniana, y posteriormente en la de los reinos romano-bárbaros y así sucesivamente a lo largo de todo el medioevo, hasta los tiempos más cercanos a nosotros¹⁴.

La historia del Derecho nos ayuda a comprender la narración social que la palabra homosexual compendia hoy en día. Preguntémosnos en qué manera la relación sexual entre personas del mismo sexo estaba considerada por el derecho romano. No olvidemos que no solo Italia, sino también todo el derecho occidental han sido influenciados por el derecho romano¹⁵.

Analizando estas normas – me refiero tanto al derecho griego, como al derecho romano de la edad clásica y de la edad justiniana¹⁶ – nos damos cuenta de que:

¹² «En efecto, los griegos y los romanos, más allá de las profundas diferencias entre las dos culturas, vivían las relaciones entre hombres en modo muy diverso de lo que lo viven (obviamente, salvo excepciones) quienes hacen hoy una elección de tipo homosexual: para los griegos y los romanos, en efecto (siempre salvo excepciones), la homosexualidad no era una elección exclusiva. Amar a otro hombre no era una opción fuera de la norma, diversa, en ningún modo desviado. Era solo una parte de la experiencia de vida: era la manifestación de una impulso si se quiere sentimental, si se quiere sexual, que en el arco de la existencia se alternaba y se afiancaba (a veces en el mismo momento) en el amor por una mujer», así E. CANTARELLA, *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, BUR Rizzoli, Milán, 1995, 7.

«Según algunos estudiosos (lo que consideran pleonástico el título de este libro) los gays y lesbianas modernas han nacido en los últimos treinta años del siglo XIX, cuando apareció por primera vez el término «homosexual» y cuando se inició a considerar a los homoeróticos no como actos casuales, que cualquiera puede cometer, sino como manifestaciones de una particular identidad sexual. En cambio, nosotros consideramos que, para identificar los rasgos distintivos de los gays y de las lesbianas de hoy, se debían tomar en consideración no solo la relación entre los actos e identidad, pero también los criterios seguidos en la selección de los partner, las relaciones con estos últimos y la naturaleza de la subcultura. Para todos estos aspectos, los homosexuales modernos están muy alejados del modelo, un tiempo dominante, de la pederastia clásica o de la inversión de género», así M. BARBAGLI y A. COLOMBO, *Omosessuali moderni. Gay e lesbiche in Italia*, Il Mulino, Bolonia, 2001, 12-13.

¹³ Sobre el tema, véase D. BORRILLO, *Omofobia. Storia e critica di un pregiudizio*, trad. it. D. Caiati, edizioni Dedalo, Bari, 2009 y P. PEDOTE, *Storia dell'omofobia*, Odoya, Bolonia, 2011.

¹⁴ G. DALL'ORTO, *I comportamenti omosessuali e il diritto occidentale prima della Rivoluzione francese*, en: F. Bilotta (al cuidado de), *Le unioni tra persone dello stesso sesso. Profili di diritto civile, comunitario, comparato*, Mimesis edizioni, Milán, 2008, 19-40.

¹⁵ P. NEMO, *Che cos'è l'occidente*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2005, define el derecho romano como «fuente del humanismo occidental», p. 34. También, v. P. STEIN, *I fondamenti del diritto europeo. Profili sostanziale e processuali dell'evoluzione dei sistemi giuridici*, Giuffrè, Milán, 1995; A. SCHIAVONE, *La storia spezzata. Roma antica e Occidente moderno*, Laterza, Roma-Bari, 1996 y del mismo autor *Ius, L'invenzione del diritto in Occidente*, Einaudi, Turín, 2005. Finalmente, véase R. ZIMMERMANN, *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi (il diritto privato europeo e le sue basi storiche)*, en: Riv. dir. civ., 2001, I, pp. 703 y ss.

¹⁶ «Ya sea en Grecia como en Roma, en efecto, como ha sido precisamente puesto en evidencia por los estudios más recientes, la oposición fundamental entre comportamientos sexua-

a) el único elemento tomado en consideración por la norma era la acción de tener relaciones sexuales con una persona del propio sexo; b) a nivel cultural, más que la orientación sexual, se consideraba relevante la incidencia del acto sexual en la identidad de rol (o sea el respeto de las reglas de comportamiento que la sociedad impone a las personas según que se trate de hombres o mujeres); c) estas normas están colocadas en un contexto socio-cultural en que el varón es el centro, fin y medida de cada norma comportamental tanto a nivel social como a nivel jurídico. El hombre es el único sujeto digno de reconocimiento a nivel jurídico y social¹⁷.

Para confirmar la cultura machista imperante en esa época, el Derecho romano se desinteresaba totalmente de las relaciones sexuales entre mujeres. Tener relaciones sexuales con una persona del mismo sexo era una acción que debía ser castigada, porque constituía una traición de la dignidad masculina. No es casualidad que el destinado a ser punido era quien adoptaba un rol pasivo a lo largo de la relación, portándose como una mujer, o sea, violando su identidad de rol. Quien ponía en duda la supremacía del varón, según el derecho romano, merecía ser castigado. Así se justificaba también la práctica bélica del estupro del enemigo por el ciudadano romano ganador o la licitud jurídica de las relaciones sexuales con los propios esclavos del mismo sexo. El enemigo vencido y el esclavo comparten de manera diferente la condición de la mujer, sometido el primero y falto de subjetividad jurídica el segundo¹⁸.

Esa cultura machista se sirve del Derecho como de una máquina del tiempo que llegará hasta nuestros días, a través de los siglos, una cierta imagen de las personas que tienen relaciones sexuales con personas de su mismo sexo. Ecos de esta visión de relaciones entre personas del mismo sexo se advierten hasta nuestros días en el sur de Italia, donde el gay está representado socialmente como un sujeto afeminado¹⁹. Y de tal manera se puede explicar hasta por qué en la época fascista,

les no era la de heterosexualidad/homosexualidad, sino la de actividad/pasividad, respectivamente características la primera – la actividad – del hombre adulto, y la segunda – de las mujeres y de los jóvenes: así que en Grecia como en Roma, la reprobación y el ridículo se vierten solo sobre el adulto pasivo», así E. CANTARELLA, *Secondo natura*, cit., p. 10.

¹⁷ E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Feltrinelli, Milán, 2010.

¹⁸ «El joven romano era educado, desde la más tierna edad, para ser un conquistador: *tu regere imperio populos, romane, memento*, escribía Virgilio. Impone su voluntad, somete a todos, domina el mundo: era la regla de vida del romano. Su ética sexual, realmente, no era más que otro aspecto de su ética política. Someter a sus deseos a las mujeres, para un romano era muy poco. Para satisfacer y demostrar a los otros su sexualidad exuberante y vencedora, él debería someter también a los hombres: siempre que, se entiende, estos no hayan sido romanos. ¿Como habría podido un joven, que hubiera tenido en joven edad otro hombre, convertirse, en adulto, en un hombre invencible y dominante? He aquí porque los romanos acostumbraban sodomizar a los esclavos (y, muchas veces, los enemigos derrotados) y no a los jóvenes libres», así E. CANTARELLA, *Secondo natura*, cit., p. 10. Esta visión de la homosexualidad ha penetrado en la cultura occidental en manera muy profunda. Entre muchos ejemplos que se pueden recordar destaca el pasaje que J. Le Bitoux hizo entrevistando J-P. Sartre, cuando le recuerda: «Frantz, en *Los secuestrados de Altona*, declara: «Dos jefes, o se asesinan entre ellos o uno se convierte en la mujer del otro», así en: J. LE BITOUX, *Sulla questione gay*, Il Saggiatore, Milán, 2009, 41.

¹⁹ G. BURGIO, *Mezzi maschi. Gli adolescenti gay dell'Italia meridionale. Una ricerca etnopedagogica*, Mimesis, Milán, 2008.

aunque no existiera el delito tipificado de la homosexualidad, los gays han sido alejados y mandados al confinamiento: con su existencia traicionaban la imagen social del varón, prevaricador y combatiente para la gloria de la nación²⁰.

Por lo tanto, desde los orígenes de los sistemas jurídicos occidentales, las relaciones entre personas del mismo sexo tenían dos características: 1) estaban consideradas exclusivamente por el punto de vista erótico; 2) estaban consideradas como una traición del rol social del auténtico varón. No se necesitaba todavía la palabra homosexual, era suficiente la palabra *mollis*. No era admisible culturalmente que hubiera varones que sentían una atracción erótica y emotiva hacia personas de su mismo sexo y que pretendían vivir a la luz del día traicionando establemente su propia identidad de rol y la expresasen como pasivos. No era admisible y tenía que ser prohibido o, más bien, eliminado. Sobre esto había que callarse.

3. El silencio como componente de la cultura

Como primer impacto, lo que acabo de afirmar parecería contradecirse con el hecho de que en la literatura antigua, tanto en la griega como en la romana y en la mitología las relaciones entre personas del mismo sexo no eran solo objeto de narración, sino que iban más allá del acto erótico hasta implicar la esfera de los sentimientos²¹. Lo que cabe resaltar es que cuando las relaciones entre personas del mismo sexo abandonan el ámbito de la *paideia* griega e intentan – incluso a través de la literatura – un salto de calidad en la legitimación social, chocan con el miedo ancestral de la extinción y con la puesta en tela de juicio de la supremacía del varón. De esto el Derecho se hace intérprete y va cubriendo con un tupido velo sobre la narración social difundida, negando el significado humano del acto homosexual²².

El Derecho como medio de poder se convierte en un baluarte de la conservación social. Por lo demás, las *sodomy laws* se refieren a todos los actos sexuales que no tienen una finalidad procreativa, ya sean realizados por personas del mismo sexo o del sexo contrario, pero al final se usa el término *sodomy laws* y «sodomitas» normalmente se usa para referirse a los homosexuales.

²⁰ G. GORETTI y T. GIARTOSIO, *La città e l'isola: omosessuali al confino nell'Italia fascista*, Donzelli, Roma, 2006.

²¹ Siguiendo el pensamiento de M. Foucault, puede brindarse una explicación con el hecho que no solo la palabra homosexualidad, sino la identificación de lo que Foucault denominó «el ámbito homosexual» (es decir, la especificidad homosexual de la práctica sexual, de la forma de gusto, de todo tipo de vínculo entre las personas) se remonta a finales del siglo XIX. No es casual que todos los estudiosos de la antigüedad hayan tratado de las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo como una de las variantes de la sexualidad, totalmente intercambiable con una tipología de sexualidad involucrante de una persona de diverso sexo. Entonces, más allá de lo que se podría efectivamente probar las personas involucradas en una dinámica de relación homosexual, la socialización de la misma se focalizaba más en el acto homoerótico que sobre la posibilidad que entre las mismas existiese un vínculo afectivo profundo.

²² Como es conocido, a partir del 342 d.c. se introdujo normas punitivas respecto a las relaciones sexuales entre dos hombre, que preveían – solo para los homosexuales pasivos – la castración. Solo con Justiniano, por primera vez en un acto normativo, se hizo referencia a los «actos contra natura» y la pena prevista fue la condena a muerte para todos los sujetos involucrados en el acto homoerótico. Indagan en detalle las relaciones entre condena religiosa de la homosexualidad y condena jurídica, P. PEDOTE, *Storia dell'omofobia*, cit., pp. 45-51 y G. DALL'ORTO, *I comportamenti omosessuali e il diritto occidentale prima della Rivoluzione francese*, cit., pp. 24 y ss.

El derecho hebreo, el derecho griego y el derecho romano filtraron exigencias de carácter social bien precisas, que impregnarán la organización de sociedades muy distintas entre sí e inocularán en nuestra tradición cultural occidental la idea de que el silencio o la condena (o ambos) son las únicas actitudes que se puedan adoptar hacia los que tienen relaciones sexuales con personas de su mismo sexo.

La religión y el Derecho son dos experiencias humanas conectadas en muchas sociedades desde el punto de vista antropológico y cultural²³. En campos como en estos se han movido en perfecta sintonía porque tenían las mismas exigencias: a) asegurar la perpetuación de la especie; b) afianzar la supremacía del varón en la organización social. Ésta sintonía cultural durante muchos siglos ha sido también una sintonía institucional: en la edad justiniana y más adelante en época medieval la autoridad espiritual y la autoridad temporal se sostenían mutuamente y a menudo los dos roles se confundían en la misma persona. Por lo tanto, no sorprende que también los preceptos religiosos, cuando no eran de por sí jurídicos como en el derecho hebreo, sostenían los preceptos jurídicos del silencio y la condena²⁴.

Interrumpir una narración significa cristalizar una construcción. Significa seguir describiéndola siempre en la misma manera, precisamente porque no hay maneras de conocerla bajo otros perfiles gracias al desvelamiento progresivo que la narración admite. El silencio también representa una forma de ejercicio del poder, porque ayuda a remover un fenómeno, a hacer que se olvide, a impedir que evolucione a nivel cultural.

En Italia, durante muchos siglos y hasta hace pocos años, el silencio ha envuelto las vidas y la misma existencia de las personas homosexuales. Gracias a la extensión de los códigos franceses hacia la Italia unida a finales del siglo diecinueve, en este país se detuvo de condenar la homosexualidad, pero no se empezó a hablar de homosexualidad. Y, paradójicamente, la ausencia de una condena ha vuelto el silencio aún más profundo. Cuando durante la época fascista fue aprobado el código penal vigente hoy en día, no se previó el delito de homosexualidad, porque en Italia – así lo indicó el Ministro de la Justicia – no había homosexuales²⁵. Es interesante remarcar que es lo mismo que en el 24 de septiembre de 2007 el Presidente iraní Mahmoud Ahmadinejad dijo en la Columbia University. Probablemente, se trata de una manera sintética de decir que en la sociedad italiana fascista, así

²³ «Desde hace casi un siglo se ha aclarado – contra un difundido contrario perjuicio – que el Derecho se distingue netamente de la moral y de la religión, incluso en las sociedades tradicionales. Sin embargo, lo sobrenatural puede ofrecer al Derecho ayuda de todo tipo: puede legitimar el poder, puede dictar o sugerir el contenido de la norma, puede ofrecer motivaciones para cumplir la norma, puede ayudar en la comprobación del hecho, puede indicar donde se encuentra la razón o el error», así R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Il Mulino, Bolonia, 2007, p. 212.

²⁴ En época medieval se desarrolló el uso de definir la homosexualidad como «*vitium nefandum*», es decir pecado del que no debía hablarse, tanto era el horror que solo nombrarlo detestaba.

²⁵ Más precisamente, Alfredo Rocco, Ministro de justicia, en el tiempo de la aprobación del Código penal actualmente vigente en Italia, en su ponencia sobre el proyecto de Código penal, afirmaba haber suspendido la disposición incriminatoria de la homosexualidad, porque casi todo los sujetos interpelados declararon que «el vergonzoso vicio, que si se habría querido punir, no es tan difuso en Italia para exigir la intervención de la ley penal». Lo recuerda S. BOLOGNINI, *Diritto e omosessualità tra ottocento e la seconda guerra mondiale*, en: F. BILOTTA (a cura di), *Le unioni tra persone dello stesso sesso*, cit., p. 45.

como en el Irán actual, los homosexuales no tienen ninguna consideración y son desconocidos en su dignidad de personas y, por ende, sus comportamientos no interesan al Derecho. De ellos se ocuparán las autoridades que gestionan el ámbito de la moral, como, en Italia, la Iglesia católica.

Si se ve la película-documental que Pasolini rodó en Italia en 1965, «Comizi d'amore» (Mítines de amor), entrevistando los italianos del norte y del sur de Italia para hablar de «invertidos», «sexo», «prostitutas», «divorcio», la primera cosa de la que nos damos cuenta es que las personas tienen dificultades en hablar de estos temas, usar esos términos, porque por encima de ellos actúa un automatismo cultural: como esos comportamientos son juzgados de manera negativa por la moral dominante, hay que removerlos, no hablar, callar. Son comportamientos etimológicamente nefastos, de los que no hay que hablar.

Incluso a partir de los años setenta, en que se ha empezado a hablar de homosexualidad, la condena moral de la Iglesia católica ha suplido la falta de una condena jurídica, utilizando el prejuicio fundado en la narración de la homosexualidad de la época romana como vigorizador del sistema de remoción social basado en el silencio²⁶; por lo tanto, quién es homosexual traiciona ante todo su identidad de rol (si es varón es afeminado y si es mujer es masculina) y pone en peligro la supervivencia de la especie con un comportamiento desordenado. Ya que estaba claro que la remoción a través del silencio ya no era posible, el prejuicio se convirtió en la nueva arma para impedir a las personas homosexuales acceder a alguna forma de legitimación social y, por lo tanto, a una tutela en el ámbito jurídico.

4. El prejuicio: el resultado del silencio

El prejuicio nace y se refuerza también a través del silencio. Es un atajo cognitivo que simplifica la realidad y asegura el respeto difundido por las normas sociales que gobiernan las relaciones tanto entre los ciudadanos como entre los ciudadanos y el Estado²⁷.

En Italia contemporánea, se conocía poco la vida de las personas homosexuales, hasta hace casi diez años. Tan solo se conocían las representaciones estereotipadas resultado de la tradición que hemos recordado o las manifestaciones de ruptura profunda de las normas sociales en el ámbito sexual²⁸. La figura de Mario Mieli en la segunda mitad del siglo veinte es emblemática en este sentido. La persona homosexual era considerada subversiva respecto al sistema y revolucionaria como la calificaba Mario Mieli²⁹. Pero el clima cultural de esos años aseguraba que de esas vidas la literatura y la cinematografía se interesarán explícitamente para reforzar el

²⁶ S. BOLOGNINI, *Diritto e omosessualità tra ottocento e la seconda guerra mondiale*, cit., p.46-48.

²⁷ Respecto a los prejuicios contra los gays y lesbianas, véase L. PIETRANTONI y G. PRATI, *Gay e lesbiche. Quando si è attratti da persone dello stesso sesso*, Il Mulino, Bologna, 2011, pp. 43 y ss.

²⁸ «En relación a la orientación sexual, la legislación italiana siempre se ha caracterizado por una ausencia, más bien, que de una represión, lo que ha contribuido a determinar una actitud hipócrita en los ciudadanos LGBT invitándolos a simular la heterosexualidad (...). El silencio cultural es una especie de cubierta que oculta lo que sucede debajo de ella: no se impiden los movimientos de abajo, pero lo importante es que no se habla de ello y que no se conviertan en cuestiones públicas», así M. GRAGLIA, *Omofobia. Strumenti di analisi e di intervento*, Carocci, Roma, 2012, p. 38.

²⁹ M. MIELI, *Elementi di critica omosessuale*, Einaudi, Turín, 1977.

prejuicio. Estaba impedida en absoluto una narración renovada que dejará ingresar a las personas no homosexuales en la cotidianidad de las personas homosexuales.

Hace diez años las cosas empezaron a cambiar. Hace diez años empezó una discusión pública sobre el reconocimiento de las personas homosexuales que viven una vida de pareja³⁰. Empiezan los debates públicos, empiezan los programas de televisión. Se empieza a hablar de afectividad, pero todavía se deja en el fondo la temática de los padres homosexuales.

Erotismo y esterilidad, las dos características basilares que fundamentaban el prejuicio anti-homosexual, han sido progresivamente puestas en segundo plano. El proceso todavía estaba en curso, como veremos más adelante, pero hace diez años han sido puestas las premisas para un cambio progresivo. Las personas homosexuales han empezado a hacer entender a todos que puede haber abogados, militares, médicos, psicólogos, ciudadanos comunes y ciudadanas homosexuales que construyen su vida al lado de personas de su mismo sexo y que son buenos padres al igual que las personas heterosexuales.

Esto crea la premisa de un progresivo interés del Derecho hacia el fenómeno de los «homosexuales modernos», como los definen dos sociólogos italianos – Marzio Barbagli y Asher Colombo – en un libro de éxito³¹.

Poco a poco va desapareciendo el silencio que había caracterizado la esfera pública y que la había despojado de una reflexión en torno al fenómeno homosexual. Las relaciones homosexuales cesan de ser un tema confesional, o sea, donde lo que se cuenta debe quedarse secreto³². Esto explica la aversión exagerada que todo fenómeno de socialización en torno a la homosexualidad genera en Italia: es suficiente pensar en lenguaje alusivo y ofensivo para hacer entender que una persona es homosexual³³; en las reacciones descompuestas que surgen cada vez que se organiza el Gay Pride en una ciudad italiana; o en el desconcierto de todos los mayores partidos políticos italianos frente a la petición de extensión del matrimonio a las parejas formadas por personas del mismo sexo. La orden de callar está violada por la representación pública de una modalidad de vivir la esfera sexual y emotiva alternativa a la heterosexual. Por supuesto, siglos de silencio no pueden ser superados con pocos años de visibilidad total, pero esto incrementa un mecanismo social de narración renovada. Y si el prejuicio se funda en el silencio, la negación del silencio implica una superación del prejuicio.

5. El poder y el Derecho

Como ya he dicho desde el principio, el Derecho es una herramienta de ejercicio del poder, pero no es la única. El poder ejercitado por la mayoría de la

³⁰ No obstante, el hecho que la primera propuesta de ley presentada en el Parlamento italiano para la tutela de las parejas formadas por personas del mismo sexo se remota a 1987, solo con la presentación de la propuesta de ley titulada «*Pacto civil de solidaridad y unión de hecho*», presentada el 21 de octubre del 2002, XIV Legislatura, A. C. n. 3296, por el honorable Franco Grillini, se ha desarrollado un difundido debate en Italia sobre la cuestión.

³¹ Se trata de M. BARBAGLI y A. COLOMBO, *Omosessuali moderni*, cit.

³² La imagen está inspirada en M. FOUCAULT, *La volontà di sapere. Storia della sessualità 1*, Feltrinelli, Milán, 13ª ed., 2008, pp. 20-21, donde se analiza el rol absorbido por la práctica de la confesión en el desarrollo de los discursos sobre la sexualidad.

³³ M. GRAGLIA, *Omofobia*, cit., p. 32.

población heterosexual hacia la minoría homosexual, en Italia, ha tenido un carácter pre-jurídico por diferentes razones: a) no existe un delito vinculado a la homosexualidad; b) no existe ni siquiera un delito que condene la homofobia; c) no existen normas sobre las relaciones entre personas del mismo sexo; d) se sigue ignorando que las personas homosexuales procreen hijos; e) hasta hace poco tiempo ni siquiera existían sentencias que concerniesen de alguna forma a las personas homosexuales.

El derecho italiano ignoraba la homosexualidad en todas sus manifestaciones. El silencio del Derecho era expresión del silencio de la cultura y de la sociedad.

Hasta hace pocos años en Italia no había ninguna norma que se refiriera a la orientación sexual. En el 2003 – que me gusta recordar como el mismo año en que en Estados Unidos la *Supreme Court* acusaba a las *sodomy laws* de ser inconstitucionales³⁴ – por fin en Italia se introdujo una norma, el decreto legislativo 216/2003 en actuación de la directiva comunitaria 2000/78/CE para la igualdad de tratamiento en tema de empleo y condiciones de trabajo, en la cual se usa por primera vez esta expresión³⁵. Pero, esto no es suficiente para narrar la realidad. «Orientación sexual» es una expresión sobre el papel y así se queda todavía en este sector, ya que en nueve años ni siquiera un empresario ha sido condenado por esta razón. La nueva narración social que se ha activado desde hace diez años en torno a la homosexualidad, todavía no ha alcanzado los aposentos del poder.

El silencio del Derecho, que ha contribuido a crear la situación actual juntándose con el silencio cultural, no es tan solo el silencio de la ley. El silencio del Derecho permanece entre los operadores de la justicia. Nombrar la orientación sexual en una ley no es suficiente si los operadores de la justicia no saben lo que es, porque en nuestras universidades nadie se lo enseña, porque no hay libros jurídicos que traten el tema. Nombrar la orientación sexual en una ley no sirve si después las personas homosexuales, acostumbradas a callarse y avergonzarse por declararse abiertamente homosexuales, no entran en las salas de los tribunales. Por experiencia puedo decir que la mayoría de las personas que se dirigen a un abogado en búsqueda de la tutela de derechos relacionados con su propia orientación sexual, a menudo preguntan si hay alguna forma de no mencionarla para nada. Lo cual es una paradoja, pero les aseguro que eso pasa.

El Derecho es una herramienta de poder, y justo porque es una herramienta puede adaptarse a los objetivos de los que la utilizan. Sobre todo, puede quedarse inutilizado si los que deberían utilizarlo no son conscientes de la potencialidad de la herramienta; me refiero tanto a los ciudadanos homosexuales como a los operadores de la justicia, en primer lugar magistrados y abogados. Si una persona no es consciente de su propia dignidad a nivel social y jurídico, probablemente ni acudirá a un abogado. Pero aunque acuda a un abogado y no encuentre delante de sí una persona determinada en ganar el juicio, su esfuerzo resultará totalmente inútil. E incluso si el abogado fuera convencido de la bondad de las peticiones de justicia de la persona que se ha dirigido hacia él, le tocará al magistrado entender que se está

³⁴ Corte Supr. U.S.A., *Lawrence v. Texas*, 26 de junio del 2003, trad. it. de F. Bilotta, en: www.retelford.it que tiene overruled *Bowers v. Hardwick* del 1986. En este modo, se han derogado las leyes (las denominadas «sodomy laws») en los 14 Estados americanos que las preveían.

³⁵ Decreto legislativo, 9 de julio del 2003, n. 216, en: *Gazz. Uff.*, 13 de agosto del 2003, n. 187.

hablando de dignidad y que no es posible permanecer en la negación de la realidad que todavía caracteriza a la sociedad italiana.

6. El Derecho como factor de cambio cultural

El bloqueo de una construcción social en torno a la vida de las personas que aman a personas de su mismo sexo ha favorecido la recaída de un prejuicio negativo sobre ellos, lo que ha justificado un poder de exclusión desde el contexto social en que estas personas viven. Esa exclusión se ha convertido en una ausencia de derecho.

Es evidente que la clave para imaginar un futuro de inclusión de las personas homosexuales es reactivar una narración y una comunicación socialmente difundida con respecto a la homosexualidad. Preguntémonos ¿si el Derecho es capaz de hacerlo! ¿Es capaz de sacar del silencio las vidas de las personas homosexuales?

El Derecho es un mecanismo formidable de narración al interior de una sociedad. Si pensamos en las Constituciones o a las Declaraciones o Cartas internacionales de derechos, podríamos fácilmente remarcar que su meta final primaria es exhibir un horizonte de acción a todo lo que contribuye a sustentar el ordenamiento jurídico, y al mismo tiempo inducir a los sujetos a una cierta visión de sus acciones, adaptándoles progresivamente al estándar deseado. El Derecho no es el espejo de la realidad, sino la representación final de lo real.

Como he recordado, el Derecho no solo es la norma contenida en un texto legislativo. El Derecho no solo es el mando para cuyo respeto sigue una sanción, sino también es una herramienta de meta-representación de lo real (el legislador, el magistrado y el teórico y el práctico del Derecho no hacen más que traducir en reglas lo que ellos piensan que la sociedad es o que debería ser o desear).

Por ello no es suficiente introducir una nueva regla legislativa. Es necesario que los ciudadanos y los operadores del Derecho sean sensibilizados en utilizar las nuevas herramientas normativas, o de lo contrario costará establecerse un mecanismo social de promoción y de respeto de las personas homosexuales.

El Derecho es una de las maneras para reactivar la narración en torno a fenómenos sociales reducidos al silencio, antes de todo a través de su manifestación más teatral: el proceso. Un lugar por definición público, destinado a llenarse de personas que antes de todo cuentan hechos, historias, acontecimientos en base a los cuales el juez expresará una decisión. Entrar en los tribunales significa encender un faro luminoso sobre la vida escondida de las personas, pero es evidente que antes de todas las personas interesadas deben de estar dispuestas a alumbrar los aspectos de su vida sobre los cuales culturalmente están acostumbrados a callar.

El Derecho es incluso una actividad argumentativa³⁶. Argumentan los diputados durante el debate para la aprobación de una ley, argumentan los abogados en sus defensas escritas, argumentan los jueces escribiendo sus sentencias, argumentan los teóricos del Derecho escribiendo sus ensayos. Para encontrar argumentaciones que sostengan su propia tesis, una de las primeras cosas que se hace es explicitar los así llamados «conceptos primitivos», o sea, los que están en la base de nuestra

³⁶ A. MARIANI MARINI (al cuidado de), *Teoria e tecnica dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milán, 2003.

visión del mundo. Pues es evidente que esa operación mental es la misma negación del mecanismo que está en la base de cada prejuicio. El prejuicio simplifica la realidad. La argumentación y la explicitación de la propia visión del mundo aspiran a convertir en algo complejo el fenómeno analizado. Y aunque en la base resida el mismo prejuicio, será necesario reflexionar y no darlo por supuesto.

El Derecho se puede considerar como el resultado de un determinado orden cultural y social, o bien se puede considerar como una herramienta de cambio. Pero, para que este cambio sea eficaz, el Derecho tiene que influir en la narración que ha determinado este orden cultural.

El Derecho puede cambiar de dos maneras.

Puede cambiar rápidamente: a) porque la mayoría de la clase dirigente del país se ve de repente «iluminada» y capaz de reflexionar racionalmente sobre la condición de las personas homosexuales, sin dejarse influenciar por los prejuicios y por la sed de poder; b) o bien porque se crean vínculos externos al sistema jurídico de referencia: una directiva comunitaria, una sentencia del Tribunal europeo de los derechos humanos o del Tribunal de justicia europeo. Ambas eventualidades son difícilmente imaginables y actúan dando un rodeo por parte el legislador nacional y por los operadores del Derecho. Estos cambios, en efecto, no actúan en lo más profundo de la cultura de un país, aunque no se pueda negar que normas parecidas modificarán esta cultura con el tiempo.

Puede cambiar despacio: y precisamente es lo que estamos intentando hacer en Italia. El Derecho, especialmente a través de la reflexión de los teóricos y de los casos jurisprudenciales, crea nuevas escenas dotadas de amplificadores muy potentes desde los cuales las personas homosexuales puedan hablar abiertamente de su vida y de sus necesidades, mostrándose por lo que son: personas como las demás, con la misma dignidad y los mismos sueños. Esta narración actuará en el prejuicio, interrumpiendo el atajo cognitivo hacia las personas homosexuales. De tal manera, el poder de exclusión que se funda en el prejuicio está destinado a quedarse sin su base.

Este proceso puede generar dos consecuencias: 1) el poder puede agudizar la exclusión (me refiero a la Proposición 8, y a todas las propuestas de restringir la noción constitucional de matrimonio de forma legislativa o interpretativa con tal de excluir las parejas compuestas por personas del mismo sexo³⁷); 2) o bien puede ir hacia la superación definitiva e irreversible de la exclusión (me refiero al ejemplo de España, del cual estamos todos orgullosos como ciudadanos europeos).

La primera situación puede ser considerada solo como un efecto temporal de estabilización del sistema, porque gracias a una narración renovada de lo real, la pérdida de fuerza del prejuicio en el cual se funda el poder de exclusión, volverá el silencio y la exclusión de las personas homosexuales cada vez más difícil de motivar y garantizar.

³⁷ En California, la Corte Suprema, con la decisión, *In Re Marriage Cases*, 15 de mayo del 2008, en: http://hosted.ap.org/specials/interactives/_documents/gay_marriage051508.pdf ha declarado inconstitucional que sea negado a las parejas del mismo sexo contraer matrimonio. Posteriormente, con un referéndum ha sido aprobada una revisión a la constitución que se denomina «Proposition 8», que restringía el derecho al matrimonio solo a las parejas de diverso sexo. La Corte distrital de California del Norte, en el caso *Perry v. Schwarzenegger*, 4 de agosto del 2010, en: <https://ecf.cand.uscourts.gov/cand/09cv2292/files/09cv2292-ORDER.pdf> ha declarado la ilegitimidad de la «Proposition 8» y ha suspendido su eficacia.

En Italia, la campaña de «*Affermazione civile*» (Afirmación civil), para el reconocimiento del derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, ha realizado una sinergia entre asociaciones para los derechos de las personas gays y lesbianas, y un grupo numeroso de abogadas y abogados, reunidos (caso peculiar en nuestro país) en una asociación dedicada, además, a la lucha para los derechos de las personas LGBT. Además de haber obtenido el acceso al Tribunal Constitucional, la campaña de «*Affermazione civile*» ha dado motivo de celebración de congresos, decisiones judiciales, artículos en revistas, tesis universitarias, libros. La campaña «*Affermazione civile*» está generando un debate cada vez más difundido que antes no había. Este debate se ha vuelto muy fuerte después de la sentencia número 138/2010 del Tribunal Constitucional italiano³⁸ y la sentencia del Tribunal de Casación número 4184/2012 del 15 de marzo de 2012³⁹. Esta última sentencia ha confirmado algunas de las afirmaciones que había hecho el Tribunal Constitucional y otras las ha aclarado aún más. La lectura unida de estas dos sentencias nos permite decir que:

- a) se supera «la concepción según la cual la diversidad de sexos de los aspirantes a casarse sea un presupuesto indispensable para la propia existencia jurídica del matrimonio»;
- b) la «Corte Suprema» reafirma que no existe obstáculo constitucional que impida la aprobación del matrimonio igualitario en Italia por el parlamento;
- c) finalmente, corroborando lo que había dicho el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Casación ha aclarado que la pareja constituida por personas del mismo sexo «tiene derecho a la vida familiar» y, por ende, debe gozar de las mismas tutelas que una pareja heterosexual; en caso de discriminación, podrá dirigirse a un juez para pedir tutela.

Incluso después de la invitación del Tribunal de Casación, es evidente que el Parlamento italiano tendrá que introducir algunas formas de reglamentación para las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Mientras tanto, nos estamos organizando para activar todo procedimiento necesario para reconocer cada vez más derechos a las familias constituidas por personas del mismo sexo. Esperamos que este resultado del Tribunal de Casación no se convierta en la única posibilidad de resolver la cuestión y que no se olvide que la plena dignidad de las familias constituidas por personas del mismo sexo se reconocerá solo con la introducción del matrimonio en el ordenamiento italiano.

En todo caso, no estaremos pendientes del parlamento, ya que hemos entrado en una nueva fase desde que las lesbianas y los gays acudieron a sus ayuntamientos de residencia como ciudadanas y ciudadanos para solicitar poder casarse y a continuación en los Tribunales para quejarse del rechazo obtenido. Los gays y las lesbianas italianas han decidido romper el silencio, contar sus vidas, exigir finalmente el reconocimiento de su dignidad de personas, pedir el respeto y la tutela de su amor apelándose a la Constitución italiana. Ni la cultura, ni el Derecho serán tampoco como antes.

³⁸ Corte constitucional, sent., 15 de abril del 2010, n. 138, en: *Foro it.*, 2010, f. 5, l. c. 1361, con nota de ROMBOLI y DAL CANTO; en: *Foro it.*, 2010, f. 6, l. c. 1701, con nota de COSTANTINO; en: *Giur. cost.*, 2010, 2, 1604, con nota de ROMBOLI; en: *Giur. cost.* 2010, f. 3, p. 2715, con nota de PEZZINI; en: *Famiglia e dir.*, 2010, p. 653, con nota de GATTUSO.

³⁹ Casación civil, sección I, 15 de marzo del 2012, n. 4184, en: *Dir. famiglia*, 2012, 2, 696, con nota de GATTUSO.