

LA SUFICIENCIA DE LA AUTONOMÍA PRIVADA PARA LA
REGULACIÓN DE LAS RELACIONES AFECTIVAS*

*THE SUFFICIENCY OF PRIVATE AUTONOMY FOR THE
REGULATION OF AFFECTIVE RELATIONS*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 862-885



Gianni
BALLARANI

ARTÍCULO RECIBIDO: 24 de septiembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Para una especie de heterogénesis de los fines, la ley n. 76 de 2016 sobre uniones civiles entre personas del mismo sexo y sobre la disciplina de la convivencia dividió el plan regulador de las relaciones afectivas entre adultos en dos sistemas opuestos, ambos orientados a gobernar realidades ahora asumidas homogéneas: el formalizado públicamente (que une matrimonio y uniones civiles) y la constituida en forma privada (convivencias heterosexuales afectivas estables y homosexuales contraídos o no). Pero la consagración de la suficiencia de la autonomía familiar privada nos lleva a reflexionar, por un lado, sobre la necesidad de resolver este conflicto dicotómico entre los modelos público y privado; por otro lado, sobre la superación definitiva de la lógica codicista matrimonial, al igual que sobre la hipótesis correlativa de la recodificación en materia de familia y del derecho de herencia.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio; uniones civiles entre personas del mismo sexo; autonomía privada familiar; convivencia more uxorio; contrato de convivencia; contrato y matrimonio.

ABSTRACT: *The essay offers a critical point of view of the recent Italian law on same-sex couples relationship and on the more uxorio relationship. For heterogenesis of the purposes, the law has divided the normative system of affective relationships in two different models, both aimed at governing affective situations now assumed as homogeneous: the publicly formalized one (marriage and civil unions) and the privately constituted one (same-sex and heterosexual relationship created by a contract).*

But the consecration of the sufficiency of private family autonomy leads us to reflect, on the one hand, on the need to resolve this contrast between public and private family models; on the other hand, on the definitive overcoming of the original marriage law and on the correlated hypothesis of re-writing the family rules.

KEY WORDS: *Marriage; civil unions between persons of the same sex; family private autonomy; coexistence more uxorio; cohabitation contract; contract and marriage.*

SUMARIO.- I. PRÓLOGO.- II. LA TESIS.- III. LA CONSECUENCIA: LA ENCRUCIJADA ENTRE LA HETERONOMÍA Y LA AUTONOMÍA.- IV. EL DATO: LA SUFICIENCIA DE LA AUTONOMÍA PRIVADA.- V. EL ANÁLISIS: EL CONTEXTO DEL DERECHO MATRIMONIAL.- VI. EL CAMBIO NORMATIVO Y CONCEPTUAL DE LOS REMEDIOS FRENTE A LA PATOLOGÍA DE LA RELACIÓN CONYUGAL.- VII. LA POSICIÓN INTERMEDIA DE LAS UNIONES CIVILES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO.- VIII. LA PERMEABILIDAD BIDIRECCIONAL ENTRE MATRIMONIO Y UNIONES CIVILES.- IX. LA CONTRACTUALIZACIÓN DE LAS RELACIONES AFECTIVAS.- X. EL PUNTO DE RUPTURA: EL CONTRATO DE CONVIVENCIA.- XII. LA AFIRMADA SUFICIENCIA DE LA AUTONOMÍA PRIVADA.- XII. LA SÍNTESIS.- XIII. LA PROPUESTA DE UN MODELO UNITARIO.- XIV. EL MÉRITO DE LA HIPÓTESIS: MÁS ALLÁ DE LAS RELACIONES DE PAREJA.- XV. EL DIFERENTE PERFIL REMEDIAL.- XVI. EPÍLOGO.

I. PRÓLOGO.

La consistencia de los institutos (por ejemplo, el matrimonio) que forman parte de un subsistema regulatorio (por ejemplo, el derecho de familia) se manifiesta tanto externamente como internamente de esto: externamente, porque los institutos tienen que lidiar con el contexto social y cultural que en un preciso momento histórico determina las reglas que los componen; internamente, porque las mismas reglas deben ser consistentes con los principios sustantivos y formales que subyacen no solo al subsistema en sí (por ejemplo, el derecho de familia), sino también al sistema normativo más amplio que lo contiene (el derecho civil, como parte de la estructura constitucional y europea).

Un cambio en el contexto social y cultural permite que surjan situaciones e intereses personales que pueden ser evaluadas como merecedoras de protección por parte del sistema legal. Esto puede llevar a la necesidad de redefinir las reglas que rigen un instituto, así como a la necesidad de crear nuevos institutos, otorgando nuevos espacios de protección por la jurisprudencia o la legislación. En ambos casos, sin embargo, las nuevas reglas y los nuevos institutos no pueden escapar al control de la coherencia con el subsistema original y con el sistema que lo contiene.

Cualquier modificación o intervención complementaria, que afecte a toda la estructura, determina, de hecho, un “desequilibrio” con respecto a su propio eje de apoyo que afecta a la estancamiento estable del conjunto.

En este sentido, la coherencia representa una especie de frontera (invisible), más allá de la cual el subsistema vacila o implosiona, según el tipo y la calidad

• **Gianni Ballarani**

Catedrático de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Lateranense.

de cada intervención, así como el número de intervenciones que se suceden en el tiempo. Todo ello con independencia del cumplimiento de los parámetros constitucionales y europeos de las intervenciones que, en cualquier caso, se pueden respetar o argumentar. Pues bien, en lo que respecta al subsistema del derecho matrimonial de la familia, esta línea fronteriza parece cercana a una superación inexorable, irreversible y definitiva, presumiblemente haciendo necesaria en un futuro próximo una verdadera nueva codificación; y es con respecto a lo que quisieran orientarse estas breves reflexiones, no para proponer soluciones, sino para plantear el problema.

Este ensayo - estimulado por una reciente relectura de una obra del difunto Maestro Cesare Massimo Bianca¹ que tuvo, y sigue teniendo, el mérito indudable de entregar pensamientos que superen la contingencia del impulso creativo de permanecer en su actualidad inalterada, una fuente continua de inspiración y de reflexiones - parte del intento de fotografiar la ley de las “relaciones afectivas” desde un ángulo diferente como resultado de la estratificación de las intervenciones regulatorias sobre el sujeto, proponiendo una interpretación diferente y una hipótesis reconstructiva de los posibles efectos².

II. LA TESIS.

Creo que las condiciones para la superación definitiva de la citada línea fronteriza han madurado en el contexto de la multiplicación de los modelos legales de familia operados en Italia con la ley núm. 76 de 2016³ y, en particular, siguiendo la opción relacionada (asumida en el presunto desconocimiento de la consecuente heterogénesis de propósitos), de dividir el plan regulador de las relaciones familiares en dos sistemas opuestos: el formalizado públicamente (que une el matrimonio y las uniones civiles entre personas del mismo sexo) y la constituida en forma privada (convivencia afectiva estable heterosexual y homosexual, contraída o no).

Excluyendo la solución de extender el matrimonio a parejas del mismo sexo, el marco de relaciones a regular legalmente podría haberse considerado, de hecho, agotado, alternativamente, al establecer un marco de reglas para las relaciones afectivas homosexuales⁴, o al concertar las relaciones afectivas entre convivientes independientemente del sexo.

1 BIANCA, C.M.: *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977.

2 Este ensayo se propone en continuidad con la tesis sustentada en BALLARANI, G.: *Il matrimonio concordatario nella metamorfosi della famiglia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, a la luz de las primeras reflexiones sobre la ley de 20 de mayo de 2016, n. 76 hechas en ID., “La legge sulle unioni civili e sulla disciplina delle convivenze di fatto. Una prima lettura critica”, *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2016, núm. 3, p. 623 ss.

3 El 11 de mayo de 2016, el Parlamento aprobó definitivamente la ley por la que se establecen las uniones civiles entre personas del mismo sexo y sobre la disciplina de la convivencia de hecho (ley 20 de mayo de 2016, n. 76, *Gazzetta Ufficiale, Serie Generale*, 21 de mayo de 2016, n. 118).

4 BALLARANI, G.: “La legge sulle”, cit., p. 623 ss.

Por el contrario, el legislador ha decidido intervenir en ambos frentes con ese enfoque diferente que justifica la presente reflexión, creando al mismo tiempo el modelo para-conyugal de las uniones civiles y transponiendo la libre convivencia hetero y homo sexual en el nivel de la ley.

La multiplicación de modelos jurídicos para el establecimiento y la gestión de relaciones afectivas y, sobre todo, la división entre modelos con constitución pública y modelos con constitución privada, retrata una dicotomía paradójica entre aperturas a la autonomía privada en una perspectiva de *deregulierung*⁵ y una tendencia opuesta a la heteronomía.

Pero todo esto aparece, en efecto, intrínsecamente insostenible, no tanto - o no solo - por la economía de los instrumentos jurídicos, sino más bien por una necesidad de recuperar la consistencia de su propio sistema, ya que todas estas situaciones se encuentran hoy indiscutiblemente unidas de manera dramática e indistinta en el campo del derecho por la supuesta relevancia de la "causa" afectiva, abierta más allá de la forma conyugal para abarcar todo tipo de relaciones estables.

III. LA CONSECUENCIA: LA ENCRUCIJADA ENTRE LA HETERONOMÍA Y LA AUTONOMÍA.

La necesidad de resolver esta dicotomía será el verdadero desafío que la ciencia jurídica (no solo italiana sino también europea) deberá afrontar y resolver en un futuro próximo. La encrucijada que queda por delante es entre considerar la intervención pública indispensable en la fase constitutiva y extintora de las relaciones afectivas, y entre dar seguimiento pleno y exclusivo a la suficiencia (normativa) de la autonomía privada para el establecimiento, regulación y extinción de este.

Si se avanzara hacia la primera dirección (hoy difícil de seguir), esta debería ser seguida, por un lado, por la consiguiente compresión de la autonomía privada, volviendo a considerar indisponibles la mayoría de los derechos y deberes que surgen con la certificación pública de las uniones (matrimoniales y civiles) y, por otro lado, una nueva afirmación de la irrelevancia jurídica de la convivencia *more uxorio*⁶.

5 BUSNELLI, F.D.- VITUCCI, M.C.: "Frantumi europei del diritto di famiglia", *Rivista di diritto civile*, 2013, núm. 4, p. 767 ss., espec. p. 771.

6 SPADAFORA, A.: "Lo status coniugale e gli status paraconiugali tra legge e autonomia privata", *Diritto della famiglia e delle persone*, 2017, núm. 12, p. 1092 ss.

De hecho, considerando imprescindible, según la tradición, el “crisma” secular de la formalización de relaciones que requiere la “celebración”⁷ (secular) en el intercambio de consentimientos y la intervención pública en la disolución de la relación, la convivencia sin formalidades deben ser consideradas como resultado de la libre elección y expresión del rechazo de cualquier efecto legal; efecto jurídico que, por el contrario, se obtendrá exclusivamente a través del acceso a las instituciones previstas en la ley (matrimonio o unión civil), siempre que estas no acaben por converger en una sola (como, además, ha ocurrido en España y hoy en Alemania). En esta perspectiva, frente a la libre convivencia de facto, cualquier injerencia del Estado no solo no tendría sentido, sino que (como ya aparece hoy) constituiría una violación del Art. 8, párrafo II, del CEDH por una injerencia pública injustificada e injustificable en la vida privada⁸, entendida ope legis como familiar⁹.

Si, por el contrario, se quisiera optar por la dirección opuesta e innovadora de reconocer la plena suficiencia de la autonomía privada en el contexto de las relaciones afectivas, habría que admitir la intervención innecesaria del Estado; ya ello debería seguir la correspondiente renuncia del Estado definitiva a la formalización de la constitución y terminación de relaciones (siempre respetando la necesidad de mantener inalterado el deber legal de preparar el marco dentro del cual contener la autonomía privada).

Sin embargo, esto estaría en consonancia – o al menos armonizable – con las disposiciones del Art. 12 del CEDH, entendido en el sentido de separar el derecho al matrimonio (que quedaría así fundamentalmente anclado a la libertad religiosa¹⁰) del derecho a formar una familia¹¹ (según el parámetro de autonomía privada).

En esta perspectiva, sin embargo, no se puede dejar de considerar la imperiosa necesidad de salvaguardar la ineludible intervención pública ante la necesidad de regular el destino de los hijos menores o adultos que no son autosuficientes, según los parámetros autónomos de las reglas sobre la relación parental en las fases fisiológica y patológica de las relaciones de pareja.

7 BIANCA, C.M. (coord. por): *Le unioni civili e la convivenza. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, U.T.E.T., Torino, 2017, p. 432 ss.

8 BALLARANI, G.: “La legge sulle”, cit., p. 645.

9 ALBINI, M.: “La Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e la tutela della famiglia: gli artt. 8 e 12 della Convenzione. L’attuazione dei principi dell’Ordinamento interno”, en AA. Vv., *La tutela dei diritti e delle libertà nella CEDU*, complemento al *Giurisprudenza di merito*, 2008, vol. XL, núm. 12, p. 54 ss., espec. p. 57; BALLARANI, G.: “La mediazione familiare alla luce dei valori della costituzione italiana e delle norme del diritto europeo”, *Giustizia civile*, 2012, II, núm. 10, p. 495 ss., espec. p. 500 s.

10 BALLARANI, G.: *Il matrimonio concordatario*, cit., p. 129 ss.

11 ECHR, 21 luglio 2015, ric. 18766/11 e 36030/11, Oliari e altri c. Italia, ex pluribus, *Famiglia e diritto*, 2015, núm. 12, p. 1069 ss., con nota de BRUNO, P.: “Oliari contro Italia: La dottrina degli «obblighi positivi impliciti» al banco di prova delle unioni tra persone dello stesso sesso”; ECHR, 24 giugno 2010, ric. 30141/04, Schalk e Kopf c. Austria, ex multis in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, núm. 2, p. 639.

IV. EL DATO: LA SUFICIENCIA DE LA AUTONOMÍA PRIVADA.

Si consideramos el camino normativo y jurisprudencial que, en Italia, desde la relevancia pública inicial de la familia está conduciendo a la privatización de la materia y a la patrimonialización de la relación conyugal, la segunda vía parece ser la más realista. Esto es aún más demostrado si tenemos en cuenta la disciplina dictada para las uniones civiles entre personas del mismo sexo y, más aún, la de las relaciones de convivencia y el contrato relativo¹².

No cabe duda, de hecho, de cómo el proceso de privatización en cuestión ha experimentado una fuerte aceleración en los últimos años, como lo destaca la doctrina, conduciendo a resultados decisivos, tanto a nivel del formante normativo como jurisprudencial.

Para resumir brevemente los pasajes cruciales de este proceso fundamental de privatización, es necesario considerar tres contextos distintos: el relativo a la disciplina matrimonial; el de las uniones civiles; el de la convivencia contractualizada, debiendo reconocer la ley n. 76 de 2016 el epílogo implícito (aunque temporal) del camino.

V. EL ANÁLISIS: EL CONTEXTO DEL DERECHO MATRIMONIAL.

En el contexto del derecho matrimonial, es necesario considerar, en primer lugar, el proceso de remediación radical dirigido a otorgar un espacio cada vez mayor a la autonomía privada en la gestión de patologías de las relaciones, donde, a partir de la admisibilidad de la disolución del matrimonio, se ha llegado a considerar irrelevante la intervención pública, con la correspondiente renuncia ordinal implícita de mantener inalterado el interés público en la familia.

Todo esto es el espejo en el que la desviación profunda y radical de las normas del derecho matrimonial se refleja en el marco tradicional de principios que regían todo el sistema del derecho de familia, centrado como estaba en el modelo único de la familia conyugal legítima, de la legitimidad de la filiación y de la “legítima” en el derecho de herencia.

El sistema en cuestión se basaba, de hecho, sobre dos principios básicos:

- el primero, vinculado a la insuficiencia del derecho a regir los hechos del sentimiento¹³, que contenía la intervención del Estado entre de los límites de la

12 BALLARANI, G.: “La legge sulle”, cit., p. 623 ss.

13 FALZEA, A.: “Fatto di sentimento”, en *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, VI, Jovene, Napoli, 1972, p. 315 ss., y después en *Id.*, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. II, *Dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 435 ss. (de lo que se cita).

necesidad objetiva de protección de la familia en su conjunto y de los miembros individuales en particular¹⁴;

- el segundo, estrechamente relacionado con el primero, relativo al interés público de la familia¹⁵ que, basándose en considerar a la familia como un órgano fundamental intermedio entre el Estado y el individuo¹⁶, imponía estrictas normas de obligatoriedad a los cónyuges, comprimiendo el ámbito de autonomía privada¹⁷.

Al respecto, es necesario, en primer lugar, precisar, sin embargo, que el interés público en la familia no significó remontar las normas que la rigen al derecho público¹⁸: más bien, en armonía con la doctrina¹⁹, esto ha llevado a afirmar la correspondencia del interés familiar con las necesidades tanto super-individuales como estatales; en esta perspectiva, el derecho de familia es un sistema de reglas eminentemente de "orden público"²⁰, entonces no derogable.

A la luz del primer principio, el significado del Art. 29 de la Constitución italiana: tanto en la parte en la que expresa la necesidad de protección jurídica de la unidad de la familia²¹, como en la provisión de apertura, donde especifica que la República puede reconocer las conductas asumidas espontáneamente por los miembros de la familia en términos de derechos y deberes, sólo si y cuando esa sociedad natural (que es la familia) decida formalizar legalmente la relación

14 Además, son los cánones naturalistas de vivir en común (afecto, solidaridad, cuidar al otro, compartir el mismo espacio, hacer y criar hijos) los que marcan el umbral más allá del cual el mar de la ley no podría llegar tan lejos, aferrándose, en este sentido, la conocida definición de la familia como una isla que el mar de la ley puede lamer pero no abrumar, ofrecida por JEMOLO, A.C.: "La famiglia e il diritto", *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania*, III (1948-1949), Jovene, Napoli, 1949, p. 38; TRABUCCHI, A.: "Pas par cette voie s'il vous plait!", *Rivista di diritto civile*, 1981, I, núm. 27, p. 329 ss.

15 El indicador de interés público hacia la familia está representado por el relieve que otorga el Art. 29, párrafo II, de la Constitución a la unidad de ésta, dado el valor ético-social de la familia como "sociedad en la sociedad": BARBERO, D.: *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*³, I, U.T.E.T., Torino, 1950, p. 528; GIACOBBE, G.: "Il modello costituzionale della famiglia nell'ordinamento italiano", en *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa* (coord. por V. SCALISI), Giuffrè, Milano, 2007, p. 479 ss., espec. p. 482; A TRABUCCHI, A.: "Pas par cette", cit., p. 339.

16 Además, el contexto en el que estos postulados se asentaron y maduraron fue el tradicional en el que la comprensión de la familia como "sociedad intermedia entre el individuo y el Estado": A. TRABUCCHI, A.: "Pas par cette", cit., spec. p. 336; en términos análogos, ARROBA CONDE, M.J.- RIONDINO, M.: *Introduzione al diritto canonico*, Le Monnier, Firenze, 2015, p. 119. La función de la que se encargaba la familia, de hecho, no estaba dirigida solo a favor de los cónyuges, sino también de toda la comunidad, proyectando los efectos de la solidaridad conyugal también hacia el exterior: NICOLUSSI, A.: "Che cos'è il matrimonio" (Recensione a GIRGIS, S.- ANDERSON, R.T.- GEORGE, R.P.: *Che cos'è il matrimonio*, Vita e pensiero, Milano, 2015), en *Europa e diritto privato*, 2015, núm. 4, p. 977 ss., spec. p. 980.

17 BALLARANI, G.: *Il matrimonio concordatario*, cit., p. 32 ss.

18 DE RUGGIERO, R.: *Istituzioni di diritto civile*⁴, II, Casa Editrice Giuseppe Principato, Messina-Milano, 1926, p. 472.

19 BARBERO, D.: *Sistema istituzionale del*, cit., p. 529.

20 BARBERO, D.: *ibidem*; CICU, A.: "Il diritto di famiglia nello Stato fascista", *Jus*, 1940, p. 371 ss., spec. p. 384; Id., "Principi generali del diritto di famiglia", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1955, p. I ss.

21 El reflejo de la impronta personalista y solidaria en el sistema de derecho de familia se destaca por GIACOBBE, G.: "La famiglia dal codice civile alla legge di riforma", en Id., *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*², Giappichelli, Torino, 2011, p. II; PERLINGIERI, P.: "Sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi", en *Rapporti personali nella famiglia* (coord. por P. PERLINGIERI), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1982, p. 13 ss., espec. p. 13.

afectiva mediante la solemnidad del matrimonio²²; el matrimonio era, de hecho, el único instrumento jurídico a través del cual dar relevancia a la relación afectiva, adecuándola a la producción de los efectos exigidos por la ley.

El segundo principio se refleja, sin embargo, en el significado del matrimonio que, por un lado, por la centralidad de la voluntad de las partes en la fase constitutiva de la relación, se enmarca como un negocio jurídico, pero, por otro lado, en virtud del interés público, quiere que la libre determinación de los acuerdos entre las partes se comprima al máximo.

Por lo tanto, el matrimonio como negocio, aunque unido en esto al contrato²³, se diferencia de él²⁴, tomando prestada su disciplina del contrato sólo dentro de los límites de la compatibilidad²⁵.

El predominio jurídico del carácter personal de la relación conyugal – traducido en el predominio jurídico correlativo de los efectos personales sobre los patrimoniales – permitió calificar el matrimonio como un acto jurídico personal de carácter familiar y justificar la especificidad de los remedios a la patología de la relación. Es claro, por tanto, que la modificación de uno u otro y, más aún, la modificación de ambos, afecta inevitablemente a la calificación del matrimonio en términos personales, desdibujando sus rasgos distintivos con respecto al contrato.

VI. EL CAMBIO NORMATIVO Y CONCEPTUAL DE LOS REMEDIOS FRENTE A LA PATOLOGÍA DE LA RELACIÓN CONYUGAL.

La tesis aquí propuesta se basa en considerar las consecuencias del abandono irreversible de cualquier importancia pública de la familia y la consiguiente apertura a espacios cada vez mayor de autonomía privada por parte del legislador y del intérprete en materia matrimonial que, en conjunto, implícitamente revelan la transición de la privatización a la capitalización.

El principal indicador de la crisis de los dos principios que subyacen a la institución del matrimonio está, de hecho, representado por el deseo de repensar

22 BALLARANI, G.: "La legge sulle", cit., p. 625 ss.

23 Ex multis, FERRANDO, G.: "Matrimonio e famiglia", en *Trattato di diritto di famiglia* (dirigido por P. Zatti), I, *Famiglia e matrimonio* (coord. por G. Ferrando, M. Fortino e F. Ruscello), vol. I, Giuffrè, Milano, 2002, p. 123 ss., espec. p. 162.

24 FERRANDO, G.: "Matrimonio e famiglia", cit., p. 163.; BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, 2.1, Giuffrè, Milano, 2014, p. 33 ss.; FALZEA, A.: "Conclusioni", en BERLINGÒ, S.- BORDOLNALI, S.- CATALANO, G.- DE LUCA, L.- FALZEA, A.- FINOCCHIARO, F.- RESCIGNO, P.: *Il matrimonio concordatario oggi* (Extracto del volumen coord. por S. BORDOLNALI – A. PALAZZO, *Concordato e legge matrimoniale*), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1990, p. 131 ss., espec. p. 136.

25 FERRANDO, G.: "Matrimonio e famiglia", cit., p. 163.

el sistema de los remedios frente a la patología de la relación conyugal, tanto desde el punto de vista de la fundación como desde el punto de vista teleológico.

Desde el primer punto de vista, las primeras aperturas a la privatización se dieron con la ley del divorcio²⁶ y con la redefinición de los paradigmas de separación personal entre cónyuges en 1975: ambos afirmaron un modelo matrimonial de molde individualista donde se daba mayor énfasis a la voluntad de los cónyuges²⁷.

Pero es en tiempos más recientes cuando se ha producido una fuerte aceleración de la privatización: por un lado, con el “divorcio breve” (ley 6 de mayo de 2015, n. 55) que, considerando anacrónica la separación²⁸, determinó una drástica reducción del tiempo necesario para acceder al divorcio²⁹; por otro lado, con la ley sobre la “negociación asistida por abogados”³⁰ (decreto legislativo 12 de septiembre de 2014, n. 132, posteriormente convertido con modificaciones en ley el 10 de noviembre de 2014, n. 162) y la consiguiente renuncia implícita por parte del ordenamiento jurídico para mantener inalterada su función de garantía y control de la conformidad de las decisiones entre las partes en la suspensión y disolución del vínculo conjugado al interés superior de la familia (puesto en base a la proyección constitucional hacia la unidad familiar: Art. 29 de la Constitución).

Desde el segundo punto de vista, surge el empuje jurisprudencial correlacionado para reducir los perfiles de relevancia personal propios de la relación matrimonial (con especial atención a la convivencia y fidelidad a los efectos de la declaración de acusación de la separación) que representó la razón de la peculiaridad de las reglas y los recursos relacionados (dada la matriz personalista, solidaria y altruista de los intereses convergentes de los cónyuges colocados en la base del acto matrimonial) y el principal elemento distintivo con respecto al negocio jurídico patrimonial³¹.

Al respecto, parece oportuno observar cómo el redimensionamiento de la relevancia jurídica de los perfiles personales y la degradación de la función de separación, demuestran la voluntad implícita de liberar el acto matrimonial de aquellos paradigmas que más permitían su perfil de distinción con respecto al

26 SESTA, M.: “La famiglia fra funzione sociale e tutele individuali”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, núm. 2, p. 567 ss., espec. p. 573 ss.

27 FUMAGALLI CARULLI, O.: “Il matrimonio in Italia tra dimensione religiosa e secolarizzazione”, *Jus civile* (Rev. on-line), 2015, I, p. 1 ss., espec. p. 3.

28 SESTA, M.: “La disciplina dell’unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare”, *Famiglia e diritto*, 2016, núm. 10, p. 881 ss.; FERRANDO, G.: “Le unioni civili: la situazione in Italia”, en *Giurisprudenza italiana*, 2016, p. 1771 ss.; QUADRI, E.: “«Unioni civili fra persone dello stesso sesso» e «convivenze»: il non facile ruolo che la legge affida all’interprete”, *Corriere giuridico*, 2016, p. 893 ss.

29 RIMINI, C.: “Il nuovo divorzio”, en *Trattato di diritto civile e commerciale* (dirigido por A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni y continuo por P. Schlesinger), *La crisi della famiglia*, II, Giuffrè, Milano, 2015, p. 15 ss.; SESTA, M.: “La famiglia fra”, cit., p. 567 ss., espec. p. 574 ss.

30 SESTA, M.: “La famiglia fra”, cit., p. 567 ss., espec. p. 574 ss.; FUMAGALLI CARULLI, O.: “Il matrimonio in Italia tra dimensione religiosa e secolarizzazione”, cit., espec. p. 3.

31 BALLARANI, G.: “La legge sulle”, cit., p. 642 ss.

contrato y que estaban representados precisamente por la especificidad del remedio de la separación como garantía de la protección primaria de los intereses personales y familiares - por tanto, no patrimoniales.

El fuerte empuje hacia la patrimonialización de los afectos encuentra una nueva demostración en la apertura para admitir reclamos de indemnización por daños por incumplimiento de deberes maritales (ilícito intrafamiliar); apertura resultante de considerar insuficientes los remedios tradicionales y específicos del derecho matrimonial³² (separación y divorcio).

Bajo un perfil diferente, la lógica subyacente de querer negar la necesidad de la suspensión provisional de los derechos y deberes del matrimonio que se produce con la separación y la renuncia a la intervención pública en la fase patológica de la relación conyugal, parecen encontrar razón en una visión, derivada del paso del sujeto de derecho (en abstracto) a la persona (en concreto)³³, orientada a sustituir la dignidad por la autodeterminación: la primera, la dignidad, entendida como el principio cardinal del orden constitucional y también declinada en cuanto a la protección del individuo frente a sí mismo y en comparación con los demás, quiere el derecho llamado a cumplir su propia función ordenando las relaciones entre las personas (marcando en un sentido fuerte el límite entre lo que puede permitirse y lo que debe prohibirse: es decir, entre lo lícito y lo ilícito); la segunda, la autodeterminación, entendida como un absoluto respecto al cual la ley debe respetarlo o sustentarlo, parecería querer un orden basado en la elección individual³⁴.

En esta perspectiva, incluso en el matrimonio adquiere una importancia primordial la realización plena e incondicional de la libertad personal de cada cónyuge, de modo que la familia conyugal parece tener sentido siempre que responda a los intereses del cónyuge individual. Así se admite el vínculo conyugal siempre que responda a la idea uni-subjetiva de la autorrealización, de modo que, una vez superado este límite, cuando el matrimonio representa un obstáculo a la libertad personal individual, surge la necesidad de otorgar a cada uno cónyuge la realización de su derecho incuestionable a liberarse del vínculo, resolviendo la relación y terminando rápidamente su efecto³⁵.

32 PATTI, S.: *Famiglia e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1984, passim; ex pluribus, Cass. 26 de mayo 1995 n. 5866; Cass. 7 de junio 2000 n. 7713; Cass. 10 de mayo 2005 n. 9801.

33 OPPO, G.: "Diritto positivo, diritto "sociale" e diritto naturale", en *Oltre il "positivismo giuridico" in onore di Angelo Falzea* (coord. por P. SIRENA), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, 83 ss.

34 Ex multis, Cass. 14 de enero 1998, n. 208, *Quadrimestre*, 1988, p. 433 ss.; C. Cost. 9 de abril 2014 n. 162, *Europa e diritto privato*, 2014, p. 1105 ss.; RODOTÀ, S.: *Dal soggetto alla persona*, Jovene, Napoli, 2007, espec. p. 49.

35 BALLARANI, G.: *Il matrimonio concordatario*, cit., p. 93 ss.

Por tanto, es fácil reflexionar sobre cómo estos nuevos remedios se utilizan hoy en día como instrumentos de incondicionable accionabilidad y de incuestionable aplicabilidad, no por razones objetivas de intolerable continuación de la convivencia, sino por razones subjetivas que pueden invocarse en en todo momento, como si fueran parte integrante del matrimonio o, en otras palabras, un medio de retirada unilateral *ad nutum* del vínculo³⁶.

VII. LA POSICIÓN INTERMEDIA DE LAS UNIONES CIVILES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO.

Si solo a partir de estas reflexiones iniciales se advierte con claridad la lenta, pero inexorable, deriva neo-patrimonial que está conduciendo a una contractualización de las relaciones afectivas³⁷, es en el contexto normativo de las uniones civiles entre personas del mismo sexo y las convivencias donde la tesis lo que se argumenta tiene aún más fundamento.

En cuanto a las uniones civiles, el legislador de 2016 propuso un modelo intermedio (pseudo-público o para-privado, según la perspectiva desde la que se quiera investigar), aunque sea híbrido, de “cuasi-matrimonio” que aparece claramente contradictorio en cómo discriminatorio, como se viene afirmando desde hace algún tiempo en el contexto alemán al que se ha hecho referencia³⁸ (Italia, de hecho, se basó en el modelo alemán de *Lebenspartnerschaftsgesetz*, luego derogado tras la enmienda del § 1353 BGB que ahora extiende el matrimonio a cualquier persona independientemente del sexo³⁹).

36 GIACOBBE, G.: *La famiglia dal codice civile alla legge di riforma*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 242 ss.

37 Todo esto, sin embargo, en un contexto en el que tanto se ha hecho en el signo opuesto de la llamada “despatrimonialización” del derecho civil: PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, vol. II, p. 717 ss.

38 En cuanto a las uniones civiles entre personas del mismo sexo, el legislador de 2016 ha optado, de hecho, por el establecimiento de un modelo jurídico propio, en cumplimiento de la denominada “Double track” siguió con el *Lebenspartnerschaftsgesetz* (LPartG) en Alemania en 2001: BUSNELLI, F.D.: “La famiglia e l’arcipelago familiare”, *Riv. dir. civ.*, 2002., p. 524 ss.; PATTI, S., “Le unioni civili in Germania”, *Famiglia e diritto*, 2015, p. 958 ss., espec. p. 959; BALLARANI, G.: “La legge sulle”, cit., p. 624 ss. La ley en cuestión también fue modificada en 2005 por *Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts* (LPartRÜG, de 15 de diciembre de 2004, en BGBl, 2004, I, p. 3396, entró en vigor el 1 de enero de 2005), con la que quería resolver la mayor parte de los perfiles de distinción de las uniones del mismo sexo con respecto al matrimonio, contemplando el primer compromiso, la adopción del hijo del cónyuge, el régimen legal de comunión de aumentos, las obligaciones de cotizaciones entre los cónyuges, divorcios, derechos de herencia. A esto se agregó una sentencia del Tribunal Constitucional (BVerfG, 7 de julio de 2009, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 2010, p. 1439 ss.), sobre la pensión de supérstite.

39 El debate en el Parlamento alemán sobre la transición en Alemania de *Lebenspartnerschaftsgesetz* al verdadero matrimonio entre personas del mismo sexo se resolvió, de hecho, en primer lugar con el resultado favorable de la votación del 1 de julio de 2017 sobre el proyecto de ley que modifica el BGB destinado a establecer que “el matrimonio es estipulado de por vida entre dos personas de diferente sexo o del mismo sexo” y luego con la aprobación final de la *Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts* el 20 de julio del mismo año (*Bundesgesetzblatt Jahrgang*, 28 de julio de 2017, pt. I, n. ° 52, p. 2787 ss.), que entró en vigor el 1 de octubre de 2017, con la que se modificó el artículo 1353 BGB que, de hecho, ahora dispone que *Die Ehe wird von zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts auf Lebenszeit geschlossen*.

Afirmar la disponibilidad del sistema legal para admitir la convivencia homosexual como un modelo (implícitamente) familiar⁴⁰ mediante la creación de un sistema paraconyugal, aparece, de hecho, a los ojos del jurista “secular”⁴¹, claramente discriminatorio *in radice*, una vez asumido apodófticamente como homogéneas las relaciones hasta el punto de regular la nueva sobre el modelo tradicional⁴².

VIII. LA PERMEABILIDAD BIDIRECCIONAL ENTRE MATRIMONIO Y UNIONES CIVILES.

Desde una perspectiva *de iure condendo*, la afirmación de las uniones civiles como modelo paramarital⁴³, por constituir el *status* de “unido civil”⁴⁴ superponible a el conyugal, podría, además, no agotar su efecto exclusivamente en las uniones civiles, proyectándola a la reticencia - por la superposición con el matrimonio - sobre las uniones conyugales.

En este contexto, no es difícil prever la posible progresiva permeabilidad entre matrimonio y uniones civiles: para estas últimas la disciplina se ha tomado prestada de la del matrimonio, manteniendo diferencias más formales que sustanciales; entonces, es fácil proporcionar *de iure condendo* la extensión a los cónyuges de las reglas más ligeras, flexibles y privatistas que rigen las uniones civiles, pudiendo apalancar la asimilabilidad asumida entre los *status*, a través de la vía argumentativa e invocando el principio de no discriminación, que de razonabilidad y de proporcionalidad⁴⁵, que dominan las orientaciones actuales de la jurisprudencia de Corte de Casación y del Tribunal Constitucional italiano.

40 ALPA, G.: “La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico”, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, II, p. 1719 ss.; SPADAFORA, A.: “Lo status coniugale”, cit., p. 1092 ss.

41 BALLARANI, G.: *Il matrimonio concordatario*, cit., passim.

42 BALLARANI, G.: *Il matrimonio concordatario*, cit., p. 98 ss.

43 PERLINGIERI, P.: “I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare”, en *Rapporti personali nella famiglia* (coord. por P. PERLINGIERI), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1982, p. 44 ss.; Id., “La famiglia senza matrimonio tra l'irrelevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima”, en AA. Vv., *Una legislazione per la famiglia di fatto?* (coord. por A. MARINI), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1988, p. 136 ss.; LIPARI, N.: “Rapporti coniugali di fatto e rapporti di convivenza (Note a margine di un iter legislativo)”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, p. 1028 ss.; GAZZONI, F.: *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 143 ss.; SPADAFORA, A.: *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 19.

44 ROSSI CARLEO, L.: “Status e contratto nel mosaico della famiglia”, *Diritto della famiglia e delle persone*, 2016, II, p. 221 ss.; SESTA, M.: “La famiglia fra”, cit., p. 567 ss.; BIANCA, M.: “Le unioni civili e il matrimonio: due modelli a confronto”, *Giudicedonna* (Rev. on-line), 2016, 2, p. 1 ss.; BALLARANI, G.: “La legge sulle”, cit., p. 625 ss.; LENTI, L.: *Status*, en *Digesto, Discipline privatistiche, Sezione civile*, XIX, U.T.E.T., Torino, 2000, p. 29 ss., espec. p. 33.

45 PERLINGIERI, P.: “Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico”, *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2017, p. 164 ss., espec. p. 174 ss.; PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, passim; DEL PRATO, E.: “Ragionevolezza e bilanciamento”, *Rivista di diritto civile*, 2010, I, p. 23 ss.

IX. LA CONTRACTUALIZACIÓN DE LAS RELACIONES AFECTIVAS.

Junto a este último perfil, en lo que respecta a la reflexión aquí propuesta, es necesario considerar que las uniones civiles, aunque se sitúen en una clave intermedia entre la rigidez de la norma matrimonial “pública” y la flexibilidad del derecho privado de la convivencia, parecen responder más a las reglas de la autonomía privada.

Esto surge claramente cuando se considera la admisión a uniones civiles de adultos únicamente⁴⁶; la reducción de los deberes de carácter personal⁴⁷ (deber de convivencia y solidaridad moral) cuya violación no tiene consecuencias, dada la no aplicabilidad de la separación a las uniones civiles⁴⁸; el rechazo de la disciplina de la promesa de matrimonio⁴⁹; así como, por último, la falta de referencia de el Art. 108 del Código Civil italiano sobre la no aplicabilidad de los términos y condiciones.

Y es evidente que todo ello lleva al menos a reflexionar sobre la posible mayor trazabilidad de la unión civil en el ámbito del contrato.

X. EL PUNTO DE RUPTURA: EL CONTRATO DE CONVIVENCIA.

Si ya el camino de la privatización a la patrimonialización del derecho de familia hasta las uniones civiles es suficiente para inducir una reflexión dudosa sobre la trazabilidad actual del negocio constitutivo de las relaciones afectivas a los actos jurídicos “familiares”, mirando la disciplina de la convivencia todo el reflejo encuentra consuelo.

Ley no. 76 de 2016, en lo que respecta a la convivencia, de hecho, además de haber extendido los principales derechos que eran prerrogativa exclusiva de los cónyuges a los convivientes⁵⁰, afirmó definitivamente la suficiencia de la autonomía privada para la regulación de la dinámica afectiva entre adultos.

46 La emancipación del joven de dieciséis años para contraer matrimonio tiene, de hecho, un impacto exclusivo en los efectos personales del matrimonio, por lo que admitir en la unión sólo adultos significa admitir el carácter eminentemente patrimonial de la relación: BALLARANI, G.: “La legge sulle”, cit., p. 641 ss.

47 Me refiero a la exclusión del ámbito de la fidelidad de los derechos y deberes entre los unidos civiles: BALLARANI, G.: *ibidem*.

48 Ancora ex multis, BALLARANI, G.: *ibidem*.

49 GARLATTI, C.: “Commento all’art. 1, comma 28”, en *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017* (coord. por C.M. BIANCA), Giappichelli, Torino, 2017, p. 432 ss.

50 Sistema penitenciario (artículo 1, párrafo 38, ley n. 76 de 2016), enfermedad, hospitalización, opciones terapéuticas, donación de órganos (párrafos 39, 40 y 41), sucesión en el contrato de arrendamiento (párrafo 44), preferencia en el clasificaciones para la asignación de vivienda social (párrafo 45), empresa familiar (párrafo 46), nombramiento del tutor, curador o administrador de apoyo (párrafo 48) y compensación

La tipificación del contrato de convivencia es, por tanto, el elemento que más representa la ruptura de la construcción armoniosa original de la familia en el código civil, dejando en el vacío cualquier reflexión previa sobre la convivencia *more uxorio* realizada en la doctrina⁵¹. Cualquier persona adulta tiene, hoy, de hecho, la posibilidad de “gobernar” toda dinámica de una relación afectiva a través de la autonomía privada, desde la génesis del acto (contrato típico de convivencia), hasta la fase fisiológica de la relación, hasta las dinámicas relativas a la patología de esta.

Más allá de cualquier reflexión crítica sobre la idoneidad de la opción legislativa⁵², teniendo que tomar nota de las endémicas consecuencias que esta derrama sobre el sistema de derecho de familia, en última instancia se trata de una cuestión de sistema que merece ocupar un lugar prioritario: asumida la suficiencia de la autonomía privada desde el establecimiento hasta la extinción de las relaciones emocionales entre adultos; otorgados a los convivientes los principales derechos propios de la relación conyugal; reducida la relevancia jurídica de los perfiles personales de la relación; asumida como autónoma la disciplina de la filiación; sobre la base de todo esto, ¿tiene todavía sentido la certificación pública de la constitución de las uniones afectivas maritales y civiles?

Una vez concedido a los convivientes el acceso a los efectos residuales originalmente vinculados únicamente al matrimonio; reformada la sucesión mortis causa⁵³ – último bastión de la rígida y coherente estructura codicista original – con una más amplia disponibilidad testamentaria; una vez equiparado el asunto fiscal (que hoy sin embargo afecta dramáticamente la determinación respecto al matrimonio y la separación personal); todo esto considerado, la debida consecuencia debe ser el reconocimiento de la innecesaria intervención del Estado en la formalización de las mismas relaciones afectivas, con la consiguiente renuncia definitiva a cualquier forma de celebración pública⁵⁴.

por daños por la pérdida de un miembro de la familia (párrafo 49), derecho de residencia del superviviente (apartados 42 y 43).

- 51 Ex multis, GAZZONI, F.: *Dal concubinato alla*, cit., *passim*; MARINI, A.: *Una legislazione per*, cit., *passim*; SPADAFORA, A.: *Rapporto di convivenza*, cit., *passim*; LIPARI, N.: “Riflessioni sul matrimonio a trent’anni dalla riforma del diritto di famiglia”, en *Trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia* (coord. por G. FREZZA), Giuffrè, Milano, 2005, p. 17 ss.
- 52 BALLARANI, G.: *Il matrimonio concordatario*, cit., p. I ss.
- 53 GAZZONI, F.: “Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati artt. 561 e 563 c.c.)”, *Giustizia civile*, 2006, II, p. 355 ss.
- 54 Celebración (con mayúscula) que ciertamente podría tener lugar con un rito religioso con la esperanza de recuperar el matrimonio a su propia santidad (BALLARANI, G.: *Il matrimonio concordatario*, cit., p. 138 ss.) y, por tanto, respecto a la libertad religiosa; celebración (en minúscula) que podía seguir “ritos” seculares, según las formas más imaginativas (completamente irrelevantes jurídicamente), con la consiguiente libre adhesión en el plano civil a la regulación privada de la relación.

XI. LA AFIRMADA SUFICIENCIA DE LA AUTONOMÍA PRIVADA.

Ya en el primer ensayo sobre la ley núm. 76 de 2016 pude afirmar con respecto a la contractualización de las relaciones entre convivientes cómo todo aspecto de éste, podría, puede y será objeto de una mejor libre determinación contractual⁵⁵ en cumplimiento de la norma de autonomía privada referida al Art. 1322 del Código Civil, pudiendo las partes (ya) acceder a cualquier tipo de negociación anclada, a nivel causal, por razones de solidaridad o liberalidad⁵⁶.

Pero, con la tipificación del contrato de convivencia, ya no se puede a dudar de la idoneidad de la relación emocional estable para actuar como sustrato sobre el que se injertan razones de solidaridad en el contrato de convivencia que justifican, a nivel causal concreto, determinaciones patrimoniales (y también existenciales) entre convivientes. Y esto está en consonancia con el Art. 1174 del Código Civil italiano que reconoce la relevancia de los intereses no financieros en el contexto de las relaciones obligatorias, especialmente cuando, como en este caso, estos intereses son imputables al principio de solidaridad del Art. 2 de la Constitución. Esto permite considerar estos derechos como disponibles, con el único límite de los de una matriz exclusivamente personal (fidelidad, asistencia moral y convivencia, sin embargo, no coercibles, pero resarcibles en caso de lesionarse)⁵⁷.

XII. LA SÍNTESIS.

El fundamento último de estas breves reflexiones bien puede estar anclado en una pluralidad de razones: la idoneidad del contrato de convivencia para hacer que las partes asuman la mayoría de los derechos y deberes que se derivan del matrimonio, así como las principales prerrogativas originalmente vinculadas a la condición de cónyuge; la voluntad de las partes de establecer el régimen de comunidad de propiedad o de recurrir a acuerdos patrimonial; las reglas de derecho predominantemente patrimonial establecidas para el gobierno de las relaciones afectivas; la reducción del valor de los perfiles personales; la renuncia a la preservación del interés público en la fase suspensiva y extinción de las relaciones (hasta la eliminación de la separación del modelo de unión civil); la apertura a una indemnización por la violación de los deberes de la pareja sobre la base de la insuficiencia afirmada del plan remedial típico del matrimonio.

55 BALLARANI, G.: "La legge sulle", cit., p. 649 ss.; BARBA, V.: "Unione civile e impugnazione per errore sulle qualità personali", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2016, p. 315 ss.

56 DELLE MONACHE, S.: "Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale (alle soglie della regolamentazione normativa delle unioni di fatto)", *Rivista di diritto civile*, 2015, p. 946 ss., espec. p. 948.

57 NICOLUSSI, A.: "Obblighi familiari di protezione e responsabilità", *Europa e diritto privato*, 2008, p. 929 y 936; SPADAFORA, A.: *Rapporto di convivenza*, cit., p. 89; GAZZONI, F.: *Dal concubinato alla*, cit., p. 164.

A la luz de estas consideraciones brevemente recordadas, no parece difícil ni arriesgado prever que, con la remodelación de los últimos puntos aún anclados a la estructura original del matrimonio y ahora extendidos a las uniones civiles, no se podría poner más obstáculo a la definitiva privatización de las relaciones afectivas (sin querer considerar, en Italia, el capítulo del matrimonio canónico con efectos civiles⁵⁸).

XIII. LA PROPUESTA DE UN MODELO UNITARIO.

Todo ello permite proyectar la hipótesis hacia un posible marco preliminar y sumario (sujeto a análisis en profundidad), de un modelo unitario de “contrato de convivencia afectiva y gobierno familiar”. En esta dirección, se puede recurrir al marco regulatorio vigente (siempre dentro de los límites de compatibilidad para la especificidad de la relación en cuestión), pero también más allá del límite regulatorio actualmente fijado para los contratos de convivencia.

El modelo unitario de “contrato de convivencia afectiva y gobierno familiar” debe enmarcarse como un típico acto jurídico, de carácter promiscuo (patrimonial y personal), no asociativo (por la convergencia innecesaria de intereses, más allá de la intención constitutiva), por causa de solidaridad y con una forma solemne, cuyo objeto – más allá de los afectos y deberes personales (no contractuales) – podría reconocerse, tanto en el gobierno familiar, como en las determinaciones con vistas a la disolución de la relación.

El primer ámbito, el del gobierno familiar, incluiría el establecimiento de la residencia familiar y la determinación del domicilio de la vida familiar, la elección del régimen de propiedad (cuyas reglas seguirían siendo las establecidas actualmente), así como la elección del apellido familiar (como para las uniones civiles) y para ser transmitido a la descendencia.

El segundo ámbito incluiría los acuerdos para la disolución y terminación de la relación (salvo lo relativo a la custodia de los hijos), pudiendo prever la hipótesis de una cláusula suspensiva de la relación (como separación), sin perjuicio de la aplicabilidad de la ley de divorcios dentro de los límites de compatibilidad y necesidad de remodelación.

En este sentido, por el puro carácter contractual del acto, una reflexión aparte que sólo se puede proponer aquí, se referiría a la admisibilidad de la cláusula penal, mientras que no se puede dudar de la admisibilidad del desistimiento unilateral (como estaba previsto para la convivencia), sin perjuicio de la cuestionabilidad de la predeterminación del precio del desistimiento en sí. Asimismo, no debe haber

58 BALLARANI, G.: *Il matrimonio concordatario*, cit., *passim*.

impedimentos para la estipulación de acuerdos preliminares puros, mucho más allá de los límites que actualmente marca la jurisprudencia de la Corte de Casación⁵⁹, aunque ya se argumente en materia de uniones civiles⁶⁰. Por lo demás, la disciplina podría tomarse prestada – como lo es hoy para los contratos de convivencia y uniones civiles – de la del matrimonio, en lo que respecta a parte de los requisitos subjetivos, así como a las reglas de nulidad, vicios de consentimiento y simulación.

XIV. EL MÉRITO DE LA HIPÓTESIS: MÁS ALLÁ DE LAS RELACIONES DE PAREJA.

Esta hipótesis también podría servir para resolver el problema de la gestión de realidades ya presentes en el contexto social, hoy no gobernables de otra manera, pero que no se pueden ignorar (y la primera referencia es a familias polígamas⁶¹ residentes permanentes, o de manera más general y más “secular”, las relaciones llamadas “poliamorosas”), en virtud de la legalidad de la causa solidaria en el fondo del contrato de convivencia⁶² y en razón de la idoneidad implícita del instrumento para regular las relaciones patrimoniales incluso entre varias partes. Además, si por un lado estas realidades no pueden ser ignoradas, por otro lado, se puede apalancar en el plano jurídico, la libertad religiosa con fines no discriminatorios, invocando las nuevas fronteras del orden público internacional⁶³.

XV. EL DIFERENTE PERFIL REMEDIAL.

A partir de las premisas relativas al tránsito de la privatización a la contractualización de las relaciones emocionales, queriendo dar seguimiento a la hipótesis, surge una pregunta: una vez superada la especificidad de los recursos tradicionales y afirmada su insuficiencia con la apertura a la indemnización por daños desde el ilícito intrafamiliar por la infracción de deberes conyugales y paramaritales, ¿qué razón objetiva todavía induce a anclar la disciplina al esquema de la responsabilidad civil extracontractual?

Si no queremos expresarse abiertamente en términos de responsabilidad contractual, lo que ya hoy se puede argumentar con respecto al matrimonio⁶⁴

59 Ex multis, Cass. 21 diciembre 2012 n. 23713, en *Famiglia e diritto*, 2013, p. 843 ss.

60 BALLARANI, G.: “La legge sulle”, cit., p. 623 ss.

61 PERLINGIERI, P.: “Libertà religiosa, principio”, cit., p. 164 ss.

62 Ex multis, BALLARANI, G.: Ob. ult. cit., p. 647; DELLE MONACHE, S.: “Convivenza more uxorio”, cit., p. 946 s.; SPADAFORA, A.: “Rapporto di convivenza”, cit., p. 111 ss.

63 Cass. 30 de septiembre de 2016, n. 19599, según el cual esto “no puede identificarse exclusivamente sobre la base del orden jurídico interno, sino que debe entenderse como un conjunto de principios que pueden obtenerse de la Constitución y los Tratados Internacionales a los que Italia se ha adherido y que, de conformidad con el art. 117 de la Constitución, el mismo rango en el sistema de fuentes de la Constitución”.

64 MORACE PINELLI, A.: “La responsabilità per inadempimento dei doveri matrimoniali”, *Rivista di diritto civile*, 2014, I, p. 1220 ss., espec. p. 1226 ss.

y las uniones civiles⁶⁵ (más allá de los contratos de convivencia) es el enmarcar las relaciones de pareja en términos de “contacto social calificados” (a nivel de la solidaridad), de modo que cualquier reclamo de indemnización y restitución entre las partes bien pudiera seguir los paradigmas de la responsabilidad contractual que se refiere el Art. 1218 del Código Civil, estando en una hipótesis de un límite entre contrato y daño injusto extracontractual⁶⁶.

Además, si abandonamos los remedios clásicos destinados a dar respuestas concretas a la especificidad de los deberes personales y si aceptamos la forma contractual para regular las relaciones afectivas, la vulneración de un perfil patrimonial, así como la lesión de deber personal, que ya justifica las reclamaciones de indemnización precisamente por un ilícito intrafamiliar, bien pueden entenderse como un incumplimiento de la obligación contractual según los parámetros del Art. 1218 del Código Civil italiano.

XVI. EPÍLOGO.

En conclusión, ahora está claro que la lógica del Código Civil italiano pre-constitucional y pre-europeo en materia de familia ya no parece responder a una realidad de dinámica afectiva tan distante de la que determinaba sus reglas originales. La estructura original no parece adecuada para soportar el peso de los nuevos institutos y la reorganización de los originales. Y esto pone en evidencia la imperiosa necesidad de revisar todo el sector del derecho de las relaciones afectivas entre adultos, redefiniendo sus estructuras, evaluando su estabilidad estable o la necesaria superación definitiva.

En esta perspectiva, parece oportuno tomar la debida conciencia de la situación, contribuyendo a la refundación de los paradigmas constitutivos, estables y coherentes, de una nueva estructura regulatoria, teniendo en cuenta cómo la necesidad de recodificar la materia conlleva la necesidad relacionada de garantizar la recuperación de la autonomía del matrimonio religioso a su esencia primera y fundacional, como único acto de consagración de la unión afectiva según la fe de pertenencia de las partes⁶⁷.

65 BALLARANI, G.: *Il matrimonio concordatario*, cit., p. 98 ss.

66 CASTRONOVO, C.: “L’obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto”, en *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Giuffrè, Milano, 1995, p. 147 ss.

67 BALLARANI, G.: *Il matrimonio concordatario*, cit., p. 123 ss. y 145 s.

BIBLIOGRAFIA

ALBINI, M.: "La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e la tutela della famiglia: gli artt. 8 e 12 della Convenzione. L'attuazione dei principi dell'Ordinamento interno", in AA. Vv., *La tutela dei diritti e delle libertà nella CEDU*, complemento al *Giurisprudenza di merito*, 2008, vol. XL, núm. 12, p. 54 ss.

ARROBA CONDE, M.J.- RIONDINO, M.: *Introduzione al diritto canonico*, Le Monnier, Firenze, 2015, p. 119

BALLARANI, G.: "La legge sulle unioni civili e sulla disciplina delle convivenze di fatto. Una prima lettura critica", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2016, núm. 3, p. 623 ss.

BALLARANI, G.: "La mediazione familiare alla luce dei valori della costituzione italiana e delle norme del diritto europeo", *Giustizia civile*, 2012, II, núm. 10, p. 495 ss.

BALLARANI, G.: *Il matrimonio concordatario nella metamorfosi della famiglia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018

BARBA, V.: "Unione civile e impugnazione per errore sulle qualità personali", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2016, p. 315 ss.

BARBERO, D.: *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*³, I, U.T.E.T., Torino, 1950, p. 528 ss.

BIANCA, C.M. (coord. por): *Le unioni civili e la convivenza. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, U.T.E.T., Torino, 2017, p. 432 ss.

BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, 2.1, Giuffrè, Milano, 2014, p. 33 ss.

BIANCA, C.M.: *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977

BIANCA, M.: "Le unioni civili e il matrimonio: due modelli a confronto", *Giudicedonna* (Rev. on-line), 2016, 2, p. 1 ss.

BRUNO, P.: "Oliari contro Italia: La dottrina degli «obblighi positivi impliciti» al banco di prova delle unioni tra persone dello stesso sesso", *Famiglia e diritto*, 2015, núm. 12, p. 1069 ss.

BUSNELLI, F.D.- VITUCCI, M.C.: "Frantumi europei del diritto di famiglia", *Rivista di diritto civile*, 2013, núm. 4, p. 767 ss.

BUSNELLI, F.D.: "La famiglia e l'arcipelago familiare", *Riv. dir. civ.*, 2002., p. 524 ss.

CASTRONOVO, C.: "L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto", in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Giuffré, Milano, 1995, p. 147 ss.

CICU, A.: "Il diritto di famiglia nello Stato fascista", *Jus*, 1940, p. 371 ss.

CICU, A.: "Principi generali del diritto di famiglia", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1955, p. 1 ss.

DE RUGGIERO, R.: *Istituzioni di diritto civile*⁴, II, Casa Editrice Giuseppe Principato, Messina-Milano, 1926, p. 472

DEL PRATO, E.: "Ragionevolezza e bilanciamento", *Rivista di diritto civile*, 2010, I, p. 23 ss.

DELLE MONACHE, S.: "Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale (alle soglie della regolamentazione normativa delle unioni di fatto)", *Rivista di diritto civile*, 2015, p. 946 ss.

FALZEA, A.: "Conclusioni", in BERLINGÒ, S.- BORDOLNALI, S.- CATALANO, G.- DE LUCA, L.- FALZEA, A.- FINOCCHIARO, F.- RESCIGNO, P.: *Il matrimonio concordatario oggi* (Extracto del volumen coord. por S. BORDOLNALI – A. PALAZZO, *Concordato e legge matrimoniale*), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1990, p. 131 ss.

FALZEA, A.: "Fatto di sentimento", in *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, VI, Jovene, Napoli, 1972, p. 315 ss.

FALZEA, A.: *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. II, *Dogmatica giuridica*, Giuffré, Milano, 1997, p. 435 ss.

FERRANDO, G.: "Le unioni civili: la situazione in Italia", in *Giurisprudenza italiana*, 2016, p. 1771 ss.

FERRANDO, G.: "Matrimonio e famiglia", in *Trattato di diritto di famiglia* (dirigido por P. Zatti), I, *Famiglia e matrimonio* (coord. por G. Ferrando, M. Fortino e F. Ruscello), vol. I, Giuffré, Milano, 2002, p. 123 ss.

FUMAGALLI CARULLI, O.: "Il matrimonio in Italia tra dimensione religiosa e secolarizzazione", *Jus civile* (Rev. on-line), 2015, I, p. 1 ss.

GARLATTI, C.: "Commento all'art. I, comma 28", in *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017* (coord. per C.M. BIANCA), Giappichelli, Torino, 2017, p. 432 ss.

GAZZONI, F.: "Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati artt. 561 e 563 c.c.)", *Giustizia civile*, 2006, II, p. 355 ss.

GAZZONI, F.: *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Giuffré, Milano, 1983, p. 143 ss.

GIACOBBE, G. "La famiglia dal codice civile alla legge di riforma", in GIACOBBE, G.: *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*², Giappichelli, Torino, 2011, p. 11

GIACOBBE, G.: "Il modello costituzionale della famiglia nell'ordinamento italiano", in *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa* (coord. per V. SCALISI), Giuffré, Milano, 2007, p. 479 ss.

GIACOBBE, G.: *La famiglia dal codice civile alla legge di riforma*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 242 ss.

JEMOLO, A.C.: "La famiglia e il diritto", *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania*, III (1948-1949), Jovene, Napoli, 1949, p. 38

LENTI, L.: *Status*, in *Digesto, Discipline privatistiche, Sezione civile*, XIX, U.T.E.T., Torino, 2000, p. 29 ss.

LIPARI, N.: "Rapporti coniugali di fatto e rapporti di convivenza (Note a margine di un iter legislativo)", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, p. 1028 ss.

LIPARI, N.: "Riflessioni sul matrimonio a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia", in *Trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia* (coord. per G. FREZZA), Giuffré, Milano, 2005, p. 17 ss.

MORACE PINELLI, A.: "La responsabilità per inadempimento dei doveri matrimoniali", *Rivista di diritto civile*, 2014, I, p. 1220 ss.

NICOLUSSI, A.: "Obblighi familiari di protezione e responsabilità", *Europa e diritto privato*, 2008, p. 929 ss.

NICOLUSSI, A.: "Che cos'è il matrimonio", Recensione a GIRGIS, S.- ANDERSON, R.T.- GEORGE, R.P.: *Che cos'è il matrimonio*, Vita e pensiero, Milano, 2015, in *Europa e diritto privato*, 2015, núm. 4, p. 977 ss.

OPPO, G.: "Diritto positivo, diritto "sociale" e diritto naturale", en *Oltre il "positivismo giuridico" in onore di Angelo Falzea* (coord. por P. SIRENA), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, 83 ss.

PATTI, S., "Le unioni civili in Germania", *Famiglia e diritto*, 2015, p. 958 ss.

PATTI, S.: *Famiglia e responsabilità civile*, Giuffré, Milano, 1984

PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015

PERLINGIERI, P. "I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare", en *Rapporti personali nella famiglia* (coord. por P. PERLINGIERI), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1982, p. 44 ss. PERLINGIERI, P. "La famiglia senza matrimonio tra l'irrelevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima", en AA. Vv., *Una legislazione per la famiglia di fatto?* (coord. por A. MARINI), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1988, p. 136 ss.

PERLINGIERI, P.: "Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2017, p. 164 ss.

PERLINGIERI, P.: "Sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi", en *Rapporti personali nella famiglia* (coord. por P. PERLINGIERI), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1982, p. 13 ss.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*³, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, vol. II, p. 717 ss.

QUADRI, E.: "«Unioni civili fra persone dello stesso sesso» e «convivenze»: il non facile ruolo che la legge affida all'interprete", *Corriere giuridico*, 2016, p. 893 ss.

RIMINI, C.: "Il nuovo divorzio", en *Trattato di diritto civile e commerciale* (dirigido por A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni y continuo por P. Schlesinger), *La crisi della famiglia*, II, Giuffré, Milano, 2015, p. 15 ss.

RODOTÀ, S.: *Dal soggetto alla persona*, Jovene, Napoli, 2007.

ROSSI CARLEO, L.: "Status e contratto nel mosaico della famiglia", *Diritto della famiglia e delle persone*, 2016, II, p. 221 ss.

SESTA, M.: "La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare", *Famiglia e diritto*, 2016, nùm. 10, p. 881 ss.

SESTA, M.: "La famiglia fra funzione sociale e tutele individuali", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, núm. 2, p. 567 ss.

SPADAFORA, A.: "Lo status coniugale e gli status paraconiugali tra legge e autonomia privata", *Diritto della famiglia e delle persone*, 2017, núm. 12, p. 1092 ss.

SPADAFORA, A.: *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, Giuffré, Milano, 2001, p. 19.

TRABUCCHI, A.: "Pas par cette voie s'il vous plait!", *Rivista di diritto civile*, 1981, I, núm. 27, p. 329 ss.