

CAPÍTULO 2

El respeto a la voluntad de la persona

Wayne Martin*

* Doctor en Filosofía, Universidad de California en Berkeley. Profesor de Filosofía en la Universidad de Essex. El apoyo a la investigación presentada en este documento fue proporcionado por el Fondo de Investigación de Desafíos Globales (Programa de Becas visitantes) y por la Fundación Wellcome Trust (Número de subvención 203376/Z/16/Z).

SUMARIO: I. Resumen; II. Una antigua reforma legislativa y su ontología; III. El concepto de la voluntad como noción jurídica primitiva; IV. *Furiosi Voluntas Nulla Est*; V. Voluntad y reforma legislativa.

I. Resumen

Los esfuerzos de reforma legislativa en curso tienen por objetivo lograr el reconocimiento inclusivo de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, tal como lo exige la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —en adelante CDPD—. Este capítulo se centra en las maneras en las que el concepto jurídico de la voluntad cumple una función para la definición de un régimen de capacidad jurídica. La plena capacidad jurídica exige la capacidad de ejercicio para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Un análisis de la historia jurídica y los códigos civiles modernos demuestra hasta qué punto la capacidad de ejercicio depende conceptualmente de una noción jurídicamente fundamental, pero que en gran medida permanece sin definirse; se trata de la noción de *voluntad de una persona*. El resultado es que, las prácticas de atribución de voluntad, certificación de la voluntad y anulación de la voluntad sirven para establecer las condiciones límite para el reconocimiento de la capacidad jurídica. Estas

prácticas están reguladas por la doctrina jurídica de la voluntad y por los principios de ética jurídica. La configuración actual de estas prácticas sirve para excluir a muchas personas con discapacidades cognitivas o psicosociales. Los principios de exclusión que rigen dichas prácticas están profundamente arraigados en la historia jurídica y en las bases del derecho civil continental moderno. En el presente texto, se distinguen y evalúan dos estrategias de reforma.

El concepto de la voluntad desempeña un papel central en el artículo 12 de la CDPD de dos maneras diferentes, una explícita y otra implícita. El concepto hace su aparición explícita en las disposiciones del artículo 12 que abordan la necesidad de *salvaguardias*. Específicamente, el artículo 12(4) de la CDPD establece que los Estados partes asegurarán que las "medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, *la voluntad* y las preferencias de la persona" —énfasis añadido—. Ya en esta formulación podemos detectar la segunda e implícita dependencia respecto al concepto de voluntad. En este contexto, el respeto de la voluntad de las personas con discapacidad pertenece específicamente a las medidas relacionadas con el *ejercicio de la capacidad jurídica*. Como veremos a detalle más adelante, la misma idea de capacidad jurídica implica el concepto de voluntad; además de una *doctrina jurídica de la voluntad* más amplia y *prácticas de atribución y certificación* en las que el concepto está inscrito. Al contemplar los siguientes pasos en la incesante lucha por los derechos de las personas con discapacidad, —y para comprender algunos recientes reveses en esa lucha— tenemos que ponernos de acuerdo sobre el concepto de voluntad. Entre otras cosas porque la doctrina jurídica de la voluntad ha funcionado durante mucho tiempo para excluir a las personas con discapacidad de la plena participación en la sociedad y el pleno goce de sus derechos.

Esto se analizará de la siguiente manera. En la siguiente sección —II—, empiezo con algo de historia antigua y examino una de las reformas legislativas más antiguas de las que se tiene registro en Europa, junto con un episodio de la historia de su interpretación a principios de la época

moderna. En estos episodios de la historia de la reforma legislativa podemos rastrear la arquitectura social y jurídica de un régimen antiguo de capacidad jurídica, en el que el concepto de la voluntad llegó a ocupar una posición primordial. Luego, en la sección III, recorro al derecho contemporáneo en Europa y América Latina, y analizo los códigos civiles modernos para demostrar el papel que desempeña el concepto de la voluntad como noción jurídica primitiva. En la sección IV considero las maneras en que la doctrina jurídica de la voluntad estructura y constriñe las prácticas de atribución, certificación y anulación de la voluntad, de manera que excluyen a las personas con importantes discapacidades cognitivas y psicosociales del pleno goce de su capacidad jurídica. En la última sección, considero las implicaciones de estas conclusiones para las iniciativas de reformas que pretenden lograr un reconocimiento más inclusivo de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, tal como lo exige el artículo 12 de la CDPD.

II. Una antigua reforma legislativa y su ontología

A comienzos del siglo VI a. C., Solón organizó una célebre reforma de las leyes de Atenas. Entre sus reformas se incluyó una nueva ley relativa a la herencia. Casi ocho siglos después, Plutarco describió la innovación jurídica de Solón y le concedió el crédito de haber inventado la institución del testamento. Este es el pasaje clave de la *Vida de Solón* de Plutarco en una traducción moderna:

Fue famoso también por su ley sobre los testamentos. Antes no se podía testar, sino que el dinero y la casa tenían que quedarse en la familia del muerto. Éste, al permitir que uno ceda lo suyo a quien desee, si no tiene hijos, dio más valor a la amistad que a los lazos de sangre y al favor que a la obligación, y convirtió las riquezas en propiedad de sus dueños.¹

¹ Plutarco, *Vidas Paralelas*, Vol. 2, traducción de Aurelio Pérez Jiménez, Biblioteca Clásica Gredos 215, Editorial Gredos, Madrid, 2008, p.85.

Vidas de los nobles griegos y romanos de Plutarco tuvo un enorme éxito e influencia, sobre todo en el mundo de habla hispana.² La primera traducción de las *Vidas* a una lengua vernácula occidental llegó en el siglo XIV, cuando Juan Fernández de Heredia, el gran maestro de la Orden de San Juan de Jerusalén, se ocupó de una traducción al aragonés. La primera traducción directamente del griego original al castellano siguió en 1551, a manos de Francisco de Enzinas.³ La traducción de Enzinas es extensa y libre. La última cláusula del pasaje sobre los testamentos había ocupado únicamente ocho palabras en el griego de Plutarco: *kaì tà chrémata ktémata tōn èchόνton époiesen*. Enzinas elaboró esta idea de la siguiente forma:

Demanera que por esta via le parescio ser necesario establecer y confirmar el dominio y possession de las cosas, juzgando que la hazienda y possessions era cosa propia d'el que las poseya, y q' este tal como señor podia hazer desus cosas à su voluntad [sic].⁴

En este capítulo no me centraré primordialmente en el derecho hereditario y su historia, aunque cabe recordar que los derechos a poseer y heredar bienes figuran entre los derechos enumerados en el artículo 12 de la CDPD. Para nuestro propósito ahora, lo importante es más bien la red de conceptos, categorías y relaciones en cuanto a la innovación de Solón que se articula y comprende, así como la ontología de la capacidad jurídica que esta presupone y proyecta.

Podemos esquematizar esa estructura en tres fases. El concepto más destacado en esos informes sobre la reforma legislativa de Solón es ciertamente el del testamento; la palabra griega es *diathéke*, que se deriva de

² Cf. Pérez- Jiménez, "Plutarch's Fortune in Spain", en *Brill's Companion to the Reception of Plutarch*, Brill, Leiden, 2019, pp. 606-621.

³ Enzinas fue una figura prominente de la Reforma Protestante y vivió casi toda su vida en el exilio. Estudió griego con Melanchthon en Wittenberg, donde preparó una traducción al español del Nuevo Testamento, y enseñó brevemente griego en la Universidad de Cambridge.

⁴ Énfasis añadido. Plutarco, *Las Vidas de Ilustres y excelentes varones Griegos y Romanos*, traducción de Francisco d' Enzinas, Augustin Frisio, Argentina [i.e.,Estrasburgo],1551, pp. 264-265.

diatithemi —colocar por separado, distribuir—. El testamento es desde luego el ahora conocido instrumento legal a través del cual una persona regula la transmisión de sus bienes después de su muerte. Según el relato de Plutarco, este concepto, así como las prácticas asociadas a este, surgió con las innovaciones constitucionales de Solón en Atenas.⁵ La propia sucesión jurídicamente reconocida es ciertamente anterior a Solón. Subsisten muchos discursos en los que los juristas atenienses discuten sobre quién debería heredar una propiedad. Pero la adjudicación de esas disputas se centró en las leyes y costumbres de la primogenitura —que variaba de una ciudad a otra y con el tiempo— y las pruebas disponibles —que a menudo se disputaban y a veces se falsificaban— sobre el linaje, el orden de los nacimientos y los matrimonios. La innovación atribuida a Solón se refiere a la novedad de elegir su propio heredero.

Téngase en cuenta la manera en que estas explicaciones del novedoso concepto de Solón —testamento— implican el concepto adicional de *elección según las preferencias*. En la edición española moderna, se nos habla de la nueva autoridad para dar las propias posesiones "a quien desee". Enzinas usa la expresión: "a quien quisiese [sic]". Aquí encontramos lo que podemos describir acertadamente como *la esencia primaria del testamento*, que es un mecanismo para *darle fuerza jurídica a las preferencias de uno* en la transmisión de la riqueza y las posesiones de uno tras la muerte.⁶

Pero la ontología de los testamentos no solo se reduce a esta conexión entre el estado psicológico del testador y el destino legal de sus bienes. Aquí llegamos a la segunda fase de nuestro esquema ontológico. Tanto

⁵ Dejo de lado aquí la controvertida cuestión sobre la veracidad de los informes de Plutarco. Para ampliar la discusión, V. Lane Fox, R., "Aspects of Inheritance in the Greek World, en *History of Political Thought* 1985, 6, pp. 208-32; Leão, D., "Consistency and Criticism in Plutarch's Writings Concerning the Laws of Solon", en, *A Versatile Gentleman: Consistency in Plutarch's Writings*, Leuven University Press, Leuven, Bélgica, 2016, pp. 243-54.

⁶ Para la codificación de esta figura en términos jurídicos V. Código Justiniano 28.1.1: *Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*.

Plutarco como Enzinas afirman que la innovación jurídica de Solón inaugura un nuevo orden, en la forma de un nuevo conjunto de relaciones entre personas y objetos, y una nueva comprensión del estado y el estatus —el modo de ser— de esas personas y objetos. Como hemos visto, Plutarco informa que la nueva ley sobre testamentos "convirtió las riquezas en propiedad de sus dueños". Enzinas va más allá y subraya la importancia de este cambio para el dueño de esta propiedad, que ahora, "*como señor* podía hazer desus cosas *à su voluntad* [sic]" —énfasis añadido—. La idea de Plutarco parece ilustrar que, antes de la institución del testamento, no podía decirse adecuadamente que una persona *poseía* sus bienes, ya que no podía transmitirlos como juzgase conveniente. Por lo tanto, lo que simplemente se había tratado de "cosas útiles" o "riqueza", —la palabra griega es *ktémata*; originalmente quiere decir, las cosas que fueron útiles en el hogar, más adelante dinero o un término genérico para riqueza— ahora por primera vez se convertía en *chrémata*, propiedad. Según Enzinas, esta transformación en el estado mismo de los objetos transforma también el estado de las personas, con el consiguiente estado nuevo de señoría. El señor, según la descripción de Enzinas en el siglo XVI, se define como alguien al que se le reconoce por tener la autoridad para actuar *à su voluntad*.

Este nuevo estado, sin embargo, no estaba disponible para todas las personas. Aquí llegamos a la tercera y última fase de nuestro esquema. Ya inscritos en estos primeros regímenes europeos de capacidad jurídica, encontramos los *principios de exclusión*. Algunos de estos principios de exclusión atañen al estado socioeconómico. Obviamente, la nueva ley relativa a los testamentos solo podían usarla aquellas personas que tenían algo que legar. Esto servía para excluir no solo a la gente pobre sin propiedad, sino también a los esclavos y a la mayoría de las mujeres, que carecían de derechos de propiedad. Además, según la ley de Solón, solo a alguien que "no tiene hijos" —o, como señala Enzinas, "que careciesen de legítimo heredero [sic]" — se le reconocía con la autoridad legal para

elegir quién heredaría su patrimonio.⁷ Para otros propietarios de bienes, se seguían aplicando los principios de la primogenitura masculina.

Pero también hay un segundo conjunto de exclusiones entrelazadas en el nuevo régimen, que atañen más a la condición *psicosocial* que la socio-económica del testador. Por haber enunciado esta nueva autoridad para elegir, Solón inmediatamente prosigue a restringirla. Como informa Plutarco, Solón "no permitió en cambio las donaciones sin trabas ni condiciones". En concreto, ningún legado era válido según la ley de Solón si el testamento se había hecho bajo la influencia de una enfermedad o bajo la influencia de drogas, o mientras se estaba en prisión o bajo coacción, o para "ceder a las persuasiones de su esposa". ¿Y cuál es el principio que informa esta lista de exclusiones? Plutarco explica que Solón las veía como estas fuerzas con el poder de "pervertir la cordura de un hombre". La amplia traducción de Enzinas explica que un legado válido solo se podía hacer en un momento en el que el testador poseía un "sano juicio". El significado es claro: la nueva autoridad testamentaria para actuar sobre las preferencias de uno debía reconocerse solo en aquellos cuya capacidad de razonamiento —*logismòn*— se consideraba intacta.

III. El concepto de la voluntad como noción jurídica primitiva

Dirijamos ahora nuestra atención del mundo antiguo y sus regímenes de capacidad jurídica al mundo y regímenes modernos. Aunque han pasado más de 26 siglos desde las reformas legislativas de Solón, es posible encontrar una arquitectura subyacente de reconocimiento jurídico que exhibe claras continuidades con los antiguos. En esta sección, me centro en el lugar que ocupa el concepto de la voluntad en las bases del derecho

⁷ "No tiene hijos", en el contexto ateniense, significa efectivamente *no tiene hijos varones*. La aplicación del principio de la primogenitura masculina a los bienes donde el difunto solo tenía hijas era una fuente crónica de debate e inestabilidad social en el mundo antiguo. La ley sobre testamentos de Solón parece haber sido concebida en gran medida como una estrategia legal para resolver este problema social. Para ampliar la discusión, v. Lane Fox, *op. cit.*

civil moderno. En la sección siguiente considero los ecos modernos de los principios de exclusión de Solón y su influencia en los derechos de las personas con discapacidad.

Para regresar a la discusión moderna, volvamos al artículo 12 de la CDPD. Como vimos, el eje central del artículo 12 es el concepto de capacidad jurídica. Su principio normativo fundamental es que las personas con discapacidad "tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida".⁸ Pese a su importancia fundamental para el artículo 12 y la convención en su conjunto, el concepto de capacidad jurídica no se define en la CDPD. Sin embargo, el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —en adelante, el Comité CDPD— subrayó acertadamente que "la capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho".⁹ El comité continúa desarrollando este segundo aspecto activo de la capacidad jurídica de la siguiente forma: "La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce a esa persona *como actor facultado* para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin".¹⁰ En lo sucesivo, me referiré a este poder como *capacidad de ejercicio (legal agency)*; me refiero a los ejercicios particulares de actuar como titular de derechos como *actos jurídicos*.¹¹

Dado que la capacidad de ejercicio es tan fundamental para la capacidad jurídica, y dado que la capacidad jurídica es tan central para el artículo 12, vale la pena considerar detenidamente la forma en que la noción de capacidad de ejercicio se construye en el derecho moderno. Aunque el concepto es sumamente abstracto, desempeña un papel fundamental en la estructuración del derecho moderno y la práctica jurídica. Informalmente, podemos considerar el concepto como aquel cuyas especies

⁸ CDPD, art. 12(2).

⁹ Comité CDPD, Observación General Núm. 1, párr. 12. Énfasis añadido.

¹⁰ *Id.* Énfasis añadido.

¹¹ Para ver la historia del término "acto jurídico", cf. Davrados, "A Louisiana Theory of Juridical Acts", en *Louisiana Law Review* núm 80, tomo 4, 2020, pp. 1119-1284.

incluyen tales acciones como casarse, divorciarse, firmar un contrato, instruir a un abogado y, de hecho, preparar de un testamento. En cada uno de estos casos, encontramos un ejemplo de "creación, modificación o finalización" de las relaciones jurídicas; y en cada caso, encontramos la estructura esencial que encontramos articulada en la ley de testamentos de Solón: la elección de una persona de acuerdo con sus propias preferencias adquiere fuerza y valor jurídico.

¿De qué manera este concepto general se aborda formalmente en el derecho moderno? Una buena manera de averiguarlo es examinando los códigos civiles modernos. Si bien tales códigos no son en absoluto homogéneos, una estructura conceptual común se repite. Como primer ejemplo, consideremos el Código Civil Neerlandés. El término neerlandés para el acto jurídico es *rechtshandeling*. Se define en el artículo 3.3: "Un acto jurídico (*rechtshandeling*) requiere la voluntad (*will*) de la persona que actúa para establecer un efecto jurídico específico, que deberá expresarse a través de una declaración (*verklaring*) de la persona que actúa".

Lo primero que destaca aquí es el uso de la palabra "voluntad" en la definición. En el Código Civil Neerlandés, todo acto jurídico requiere de la voluntad del actor legal para establecer un efecto jurídico específico. Además, requiere que esta voluntad se exprese a través de una declaración (*verklaring*) de la persona que está actuando. El punto clave aquí es que el concepto general y jurídicamente fundamental de un acto jurídico se *define propiamente* en términos de los conceptos de "voluntad" y "manifestación de voluntad". Pronto veremos que esto en sí puede tener importantes consecuencias de exclusión. Pero lo importante para nuestros propósitos es una segunda característica del enfoque neerlandés. Si bien el concepto de voluntad se *usa en la definición* de este término jurídico fundamental, *nunca se define propiamente* en el código. Sobre esta base, podemos describir acertadamente el concepto de la voluntad como una *noción jurídica primaria* —o "primitiva"— en el derecho neerlandés: se usa para definir un concepto jurídicamente fundamental, pero nunca se le da una definición jurídica. La voluntad es un fundamento legal.

Consideremos una segunda diferencia. El primer libro del Código Civil alemán *Bürgerliches Gesetzbuch* —en adelante, BGB— constituye su "Parte general". A diferencia del código neerlandés, el BGB no ofrece definiciones positivas generales de los términos que aquí nos interesan. Y en ocasiones sí usa el término, "*Rechtshandlung*" —este sería el correlato alemán directo del término neerlandés *rechtshandeling*— este término no desempeña un papel significativo en el BGB. Pese a estas diferencias, encontramos una variación de los mismos compromisos que encontramos en el código neerlandés.

Las Divisiones iniciales (*Abschnitte*) del BGB establecen efectivamente una ontología del derecho civil alemán. ¿Cuáles son las clases de entidades de las que el derecho mismo se ocupa? Tiene que ver con personas —naturales y artificiales—; este es el enfoque de la primera división. También tiene que ver con cosas (*Sachen*) y animales; el enfoque de la segunda División. Pero es sumamente fundamental, para la ontología del Derecho, una tercera categoría de entidades jurídicamente reconocidas; *Rechtsgeschäfte* o "negocio jurídico". Este es el enfoque de la tercera división del primer libro del BGB. El ejemplo paradigmático de un negocio jurídico es la firma de un contrato, pero el término abarca una amplia serie de otras acciones financieras o comerciales como la contratación de una hipoteca, la transmisión de propiedad, la condonación de una deuda o incluso la renuncia a una herencia.¹² Una vez más tenemos aquí un término genérico. Además, el tratamiento de los negocios jurídicos en el BGB tiene mayores implicaciones para otras áreas del Derecho Civil, ya que las condiciones asociadas a los negocios jurídico también se usan para restringir otros ejercicios de capacidad jurídica.¹³ De este modo, el concepto tiene gran trascendencia para articular un régimen de capacidad jurídica.

¹² V. BGB §§1822 y 1825 para consultar una lista de acciones que se incluyen en este apartado.

¹³ V. por ejemplo, BGB §1304.

A diferencia del Código Civil Neerlandés, el BGB no ofrece ninguna definición positiva explícita de este término genérico. En su lugar, su significado está efectivamente construido de manera contextual —y negativa—. Veamos detalladamente cómo funciona esto. El primer título de la tercera división del primer libro del BGB es "*Geschäftsfähigkeit*". Este término se traduce a veces como "capacidad para contratar", pero es engañoso. El término de "contrato" en el BGB es "*Vertrag*," que se convierte en el centro de atención solamente en el Título 3 y subsecuentes. *Geschäftsfähigkeit* es un concepto jurídico más amplio, tal vez mejor descrito como "capacidad para realizar transacciones", es decir, *la capacidad para participar en negocios jurídicos*. Sin embargo, una vez más, el BGB no ofrece ninguna definición positiva.¹⁴ Lo que encontramos en su lugar es una serie de axiomas que rigen su uso. El primer axioma aparece en §104 y se formula en términos negativos. Es decir, lo que se define no es el concepto positivo de *capacidad para realizar transacciones*, sino su correlato negativo: *incapacidad para realizar negocios jurídicos*; "§104 Incapacidad para obrar. Una persona es incapaz para obrar si: (1) aún no tiene siete años, (2) está en un estado de perturbación mental patológica que impida el libre ejercicio de la voluntad (*die freie Willensbestimmung*), a menos que el estado por su naturaleza sea temporal".

A continuación, la siguiente sección introduce el concepto de *Willenserklärung* —literalmente "declaración de voluntad" o de forma más coloquial: una "manifestación de intención"—. Ténganse en cuenta aquí las tres capas de la estructura conceptual: los negocios jurídicos son fundamentales para la ontología del derecho alemán; los propios negocios jurídicos requieren agentes que sean capaces de dichas transacciones; para poder participar en un negocio jurídico, una persona agente debe ejercer su voluntad. Aunque los detalles legales varían entre los códigos neerlandés y alemán, la dependencia del concepto de voluntad se repite.

¹⁴ A falta de una definición de "*Rechtsgeschäft*" en el BGB, v. Davrados, *op. cit.*, p. 1137.

¿Y qué es un "ejercicio de la voluntad"? El término no se define en el BGB; una vez más, hemos llegado a los fundamentos jurídicos.

Este no es el sitio para emprender un estudio exhaustivo de los códigos civiles, pero tal vez conviene mencionar algunos otros ejemplos, en concreto del contexto latinoamericano. El artículo 49 del Código Civil cubano¹⁵ define un acto jurídico¹⁶ como "una manifestación lícita, de voluntad, expresa o tácita, que produce los efectos dispuestos por la ley, consistentes en la Constitución, modificación o extinción de una relación jurídica". El Código Civil peruano¹⁷ en su artículo 140 define un acto jurídico como una "manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas". En ambos casos encontramos variantes de la dependencia conceptual directa del concepto de la voluntad, tal como lo encontramos en el código neerlandés.

Antes de pasar a nuestro siguiente tema, vale la pena detenerse en una variación instructiva del patrón que hemos considerado hasta ahora. Los códigos que hemos examinado hasta ahora tienen una cosa en común: todos se basan en el concepto de la voluntad, pero no lo definen. El Código Civil argentino¹⁸ varía con respecto a este patrón en dos aspectos. El primero es incidental, en vez de definir un acto jurídico con referencia a la *voluntad* del agente, el código argentino se basa en su definición del concepto del *acto voluntario* en su artículo 259; "Acto jurídico. El acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas". La segunda

¹⁵ Código Civil de Cuba. Ley 59 de 17 de julio de 1987, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, República de Cuba, 15 de octubre de 1987.

¹⁶ Negocio jurídico es la traducción más exacta del concepto alemán. No obstante, la mayor parte de Códigos Civiles latinoamericanos utilizan la voz "acto jurídico" para referirse a lo mismo. V. León, L., *El sentido de la codificación civil: estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código civil peruano*, 1ª edición, Palestra Editores, Lima, 2004.

¹⁷ Código Civil peruano. Decreto Legislativo Núm. 295, el 24 de julio de 1984, República de Perú, 14 de noviembre de 1984 (la última modificación el 24 de julio 2021, que incorporó el artículo 2017-A).

¹⁸ Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994 de 7 de octubre de 2014, *Boletín Oficial de la República de Argentina*, núm. 32985, Argentina, 8 de octubre de 2014, p. 1

diferencia es más sustancial, el código argentino pasa a ofrecer una definición para este término en el artículo 260; "Acto voluntario. El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior".

Tendremos ocasión de volver a esta disposición argentina en la siguiente sección. Por ahora, el punto clave es señalar que para que actuar en un asunto sea jurídicamente reconocido como voluntario, el acto de una persona debe caracterizarse por haberse realizado con "discernimiento, intención y libertad". A continuación, el código argentino en el artículo 261, especifica que un acto es "involuntario por falta de discernimiento" cuando, en el momento de actuar, la persona es (i) un menor o (ii) un adulto que está "privado de la razón".

IV. *Furiosi Voluntas Nulla Est*

Vamos a detenernos para hacer un balance. Empezamos rastreando el origen de un régimen de capacidad jurídica en el mundo antiguo, lo cual posibilita las preferencias de un individuo ordinario —es decir, no un rey o un legislador designado— para adquirir fuerza y valor jurídico. Luego vimos que el régimen antiguo de capacidad jurídica se articuló a principios de la época moderna en términos del concepto de la voluntad de una persona, y que el propio concepto de voluntad ahora ocupa un lugar destacado en la base de todo el derecho civil. En esta sección, nuestra tarea es obtener y documentar una consecuencia que ya está implícita en estas conclusiones iniciales. Para aventurar una primera formulación: *los límites exteriores de un régimen moderno de capacidad jurídica se establecen en parte por sus prácticas de atribución de voluntad.*

Antes de considerar este punto detalladamente, debemos tener en cuenta primero que la ausencia de una definición jurídica del concepto de voluntad en la mayoría de los códigos civiles modernos ciertamente no significa que el término carezca de significado en dichas jurisdicciones. Las definiciones formales son, después de todo, solo un método, y uno

fundamentalmente derivado, para fijar significado. Pero la ausencia de una definición formal muestra que el significado de esta noción jurídica básica debe de alguna manera determinarse fuera de los propios códigos civiles. ¿Dónde sucede esto? Puede que algunos tiendan a buscar la respuesta en la filosofía o la psicología, o incluso en la teología. Cada uno de estos discursos tiene sus propias maneras de abordar el concepto de la voluntad, así como sus propias controversias en torno a este. Pero si queremos conocer el significado del término "voluntad" *en el derecho*, tenemos que recurrir a las prácticas jurídicas de *atribución de voluntad* (*will-ascription*), *certificación de voluntad* (*will-attestation*) y, como veremos en breve, *anulación de voluntad* (*will-nullification*), que prevalecen en una determinada jurisdicción.¹⁹ Puesto que, en última instancia, debido a que se inserta en estas prácticas distintivas, es que el concepto jurídico de voluntad mantiene su significado distintivo. Estas prácticas se rigen por principios jurídicos explícitos y por lo que llamaré aquí *ética jurídica*; es decir, los hábitos, las costumbres y tradiciones que sirven para definir la práctica jurídica responsable.

La unidad de base para el análisis en este contexto es lo que llamaré *atribución de voluntad*: el acto de atribuir una voluntad particular en un asunto particular a una persona particular en un momento particular. Por ejemplo, si respondo "acepto" en el contexto adecuado de una ceremonia matrimonial, la o el funcionario que la preside me atribuye la voluntad de casarme con la persona con la que estoy intercambiando votos. Al hacerlo, la o el funcionario reúne uno de los elementos del acto jurídico de casarse. La atribución de voluntad suele estar acompañada en la práctica jurídica de una u otra forma de *certificación de la voluntad*. En nuestro ejemplo, la firma de la persona funcionaria en el acta de matrimonio demuestra que las personas involucradas manifestaron su voluntad de casarse.

¹⁹ Estas prácticas están indudablemente moldeadas, a menudo profundamente, por debates y desarrollos en filosofía, psicología y teología, y viceversa. La historia de estas interconexiones todavía no ha recibido la atención que merece. Pero las prácticas jurídicas, no obstante, también operan según su propio modelo, como quedará claro ahora.

En este contexto hay dos puntos que, aunque quizás obvios, es necesario resaltar. En primer lugar, es importante reconocer que una voluntad, en el sentido relevante para el Derecho, es distinta de un mero deseo, y que la atribución de voluntad a una persona debe ir más allá de una determinación de que esta *desea* un objeto o resultado particular. Podemos apreciar este punto si pensamos en el acto mundano de compra de un consumidor. Desde una perspectiva jurídica, el acto de comprar un producto de consumo es un acto jurídico. La venta misma adopta la forma legal de un contrato en el que el comprador acepta pagar determinado precio a cambio de determinado objeto. Para que dicha venta pueda proceder, ambas partes deben *manifestar la voluntad* para efectuar el intercambio. Pero desde luego *tener la voluntad* de comprar un determinado objeto no es lo mismo que simplemente *desear* el objeto, o *querer* poseerlo, ¡como cualquier persona con fondos limitados podría confirmar! En cualquier ida de compras particular, puede que *desee comprar* un montón de cosas, pero puede que *manifieste mi voluntad de comprar* solo una de ellas, o ninguna. En el contexto específico de las compras, uno no manifiesta su propia voluntad expresando un deseo, sino *haciendo o aceptando una oferta*.

A su vez, esto se relaciona con un segundo punto que a su manera es obvio, pero quizá también fácil de pasar por alto, todo acto de atribución de voluntad o certificación de la voluntad implica un acto de *interpretación*. En el contexto de las compras, se puede hacer una oferta verbalmente, por escrito, con el gesto de entregar dinero, haciendo clic en un sitio web o tocándose la oreja en una subasta. Estas acciones se interpretan como una manifestación de voluntad a la luz de las normas y costumbres locales prevalecientes en cuanto al intercambio, el significado de las palabras en el lenguaje natural relevante, las convenciones respecto del significado de los símbolos en una página o pantalla, etcétera. Y desde luego, el mismo punto se sostiene de manera más general; una determinada voluntad o intención se atribuye y reconoce a través de un acto de interpretación del comportamiento —incluido, aunque no de manera exclusiva, el comportamiento lingüístico— de la persona a la que se le atribuye la voluntad.

El decir que la atribución de voluntad implica interpretación ciertamente no significa que todo se vale. Por el contrario, la práctica de atribuir voluntad a una persona se rige por varios principios que podemos considerar en su conjunto como *la doctrina jurídica de la voluntad*. Los puntos principales de esta doctrina exhiben una coherencia considerable en diferentes jurisdicciones, pese al número de variaciones significativas en los detalles.²⁰ Resulta interesante que sus principios centrales se formulen de manera negativa, cuyo ejemplo más llamativo son las doctrinas jurídicas relativas a los *vicios de la voluntad*. Estos llamados "vicios" son factores que, cuando están presentes, ponen en peligro o degradan —"vician"— la calidad y la condición jurídica de un acto de voluntad. En el caso limitante, impiden la atribución de voluntad por completo.

La lista principal de estos vicios se ha mantenido prácticamente sin cambios en diferentes momentos históricos y fronteras jurisdiccionales, y se compone de error, fraude, amenaza y coerción. Si la persona funcionaria que preside la boda descubre que me vi obligado a aceptar el matrimonio, o que la novia o el novio fue reemplazado en secreto por otra persona, ya no podrá certificar mi voluntad de casarme con aquella que está de pie ante el altar. Según la jurisdicción, un presunto acto jurídico de matrimonio en tales condiciones se considera nulo o anulable. El Código civil cubano expresa el punto de forma concisa y describe los actos jurídicos como anulables cuando "la manifestación de voluntad está viciada por error, fraude o amenaza". En este catálogo de vicios específicos, el código argentino estipula que el error de hecho esencial "*vicia la voluntad y causa la nulidad del acto*". Es decir, cuando un acto de voluntad está suficientemente afectado por el vicio, el acto jurídico del que forma parte esencial se anula. Obsérvese la lógica que interviene aquí. Puede que los códigos civiles no suelen ofrecer una *definición* del concepto de voluntad, pero al elaborar sistemáticamente los vicios distintivos asociados a

²⁰ Para ampliar la discusión, V. los ensayos y estudios de caso recopilados en Sefton-Green, *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

la voluntad, determinan el concepto y limitan las prácticas de certificación de la voluntad.

Estos principios jurídicos negativos relativos a los vicios de la voluntad también tienen correlatos positivos en la ética jurídica. Consideremos la circunstancia de un notario contratado por su cliente para certificar un acta de donación de alguna propiedad. Una persona profesional del derecho responsable que actúa en esas circunstancias estará alerta ante cualquier señal de que su cliente está actuando bajo coerción o coacción, a causa de un error o como víctima de amenaza o fraude.²¹ Tomará medidas positivas diseñadas para obtener esas señales si sospecha que cualquiera de estos factores podría estar presente. Frente a indicadores de que uno u otro vicio de la voluntad está en juego, la o el notario ético ajustará su práctica adecuadamente. Puede que tenga una obligación legal de denunciar o investigar estas cuestiones. Pero más allá de dichas obligaciones, la persona que se encargue de las funciones notariales responsablemente tendrá especial cuidado antes de certificar la voluntad de su cliente en el asunto. Por ejemplo, si sospecha que su cliente está siendo controlado de manera coercitiva por un miembro de su familia, puede tomar medidas para reunirse con el cliente por separado de dicho familiar, o ante una persona de confianza, con el fin de garantizar que la manifestación de voluntad en efecto se conceda libremente y exprese genuinamente la intención del cliente en el asunto. Dichas medidas son en parte constitutivas de la conducta ética en las prácticas del notario responsable. El mismo punto se aplica, *mutatis mutandis*, en las numerosas profesiones —para personas abogadas, planificadoras de bienes raíces, agentes inmobiliarios, corredoras de bolsa, funcionarias de admisiones en una residencia para enfermos terminales, etcétera— en las que interviene la certificación de la voluntad de un cliente en cierto asunto.²²

²¹ Cf. Constantino Caycho, "The Flag of Imagination: Peru's New Reform on Legal Capacity for Persons with Intellectual and Psychosocial Disabilities and the Need for New Understandings in Private Law," en *The Age of Human Rights Journal*, núm. 14, pp 155-80.

²² Para profundizar en este tema V. el capítulo diecisiete, Constantino, R. y Bregaglio, R., *Las salvaguardias para el ejercicio de capacidad jurídica de personas con discapacidad como una forma de paternalismo justificado*, en este mismo volumen.

Pero el catálogo de vicios de ninguna manera agota la doctrina jurídica de la voluntad, ni proporciona una explicación concreta de las prácticas y condiciones límite de la certificación de la voluntad. Otro conjunto de principios se construye sobre los fundamentos mismos del Derecho Civil que examinamos anteriormente. Aquí debemos recordar los principios antiguos de exclusión que ya encontramos en juego en las leyes de Solón, exclusiones que restringían el reconocimiento de la capacidad jurídica a aquellos cuya cordura no estaba "pervertida" y que actuaban en un momento en el que estaban poseídos por un "sano juicio". En el mundo antiguo, los principios de exclusión se incorporaron de forma explícita en la doctrina jurídica de la voluntad en el Código de Justiniano (529-534 a. C.) en el *Digesto: Furiosi voluntas nulla est*.²³ Este axioma de Justiniano es difícil de traducir con respeto a las susceptibilidades modernas. El clásico diccionario legal de Black es sin duda anticuado, pero captura parte de su fuerza bruta: *el loco no tiene voluntad*.²⁴

El axioma de Justiniano repercutió en los siglos posteriores de codificación y reforma legislativa. Advertimos un eco moderno en el Código Civil argentino, que como ya vimos, reconoce un acto voluntario solo donde el discernimiento está presente, y reconoce el discernimiento solo en aquellos que no están "privados de la razón". Es importante apreciar la cadena de consecuencias legales que siguen inmediatamente. Donde no hay discernimiento, no hay acto voluntario; donde no hay acto voluntario, no hay acto jurídico; donde no hay acto jurídico, no puede haber *ejercicio de la capacidad jurídica*. De este modo, la doctrina de la voluntad, junto con las prácticas de certificación de la voluntad que regula, sirve para restringir el reconocimiento de la plena capacidad jurídica y deja a algunos —en particular a aquellos con discapacidades cognitivas o psicosociales significativas— fuera de su ámbito por completo.

²³ *CIC, Digesto*, l. 29, 2, 47.

²⁴ Cf. Black, *A Law Dictionary: Containing Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*, 2ª edición, West Publishing, St Paul, Minnesota, 1910, p. 530. Una representación más literal del latín podría ser: "La voluntad de la persona furiosamente loca es nula (es decir, nada, vacío)".

Los detalles de la doctrina jurídica de la voluntad varían de una jurisdicción a otra, y las prácticas de certificación de la voluntad varían entre las diferentes jurisdicciones y dentro de cada una de ellas. Por consiguiente, las condiciones límite del reconocimiento de la plena capacidad jurídica pueden ser más o menos extensas, y estar más o menos bien definidas. El límite argentino está marcado con el amplio y más bien mal definido concepto de estar privado de la razón. Pero en otras jurisdicciones el límite está marcado de forma distinta. Consideremos otra vez el Código neerlandés, que reconoce un acto jurídico solo donde la persona que actúa *tiene la voluntad de establecer un efecto jurídico específico*. Este principio moldea y restringe las prácticas de atribución de voluntad y certificación de voluntad en los Países Bajos. Si una funcionaria o un funcionario neerlandés ha de certificar la voluntad de una persona en un asunto, parte de su función debe ser determinar si la persona tiene la voluntad de establecer el efecto jurídico específico en cuestión, es decir, si es la intención de dicha persona crear, modificar o terminar determinada relación jurídica vinculante. Al certificar la presencia de dicha voluntad, la o el funcionario certifica el hecho de que la persona en cuestión *comprende* el efecto jurídico en cuestión, y de hecho tiene algún entendimiento de lo que significa formar parte de una relación jurídica vinculante. En ausencia de tal entendimiento, no puede decirse que la persona tenga la voluntad requerida, por lo que no puede reconocerse ningún acto jurídico. El resultado arroja que hay una *carga cognitiva* asociada a la voluntad que se puede certificar jurídicamente en los Países Bajos. Solo aquellas personas con la capacidad para asumir esa carga son reconocidas como agentes jurídicos. Para las personas con discapacidades cognitivas o psicosociales suficientemente severas, esos principios jurídicos, profundamente arraigados en las bases del Derecho Civil y su historia, pueden poner un listón insuperable para el ámbito de la plena capacidad jurídica.

V. Voluntad y reforma legislativa

La adopción de la CDPD por parte de la Asamblea General de la ONU en 2006 ayudó a crear un entorno jurídico y político que engendró

movimientos de reforma legislativa por todo el mundo. Los objetivos de estos movimientos son diversos, pero un tema y reto común ha sido diseñar regímenes más inclusivos de capacidad jurídica para poder fomentar un mayor respeto de los derechos humanos de las personas con discapacidad. En su forma más ambiciosa, el objetivo ha sido eliminar todos los obstáculos que se oponen al reconocimiento de la plena capacidad jurídica para todas las personas, independientemente de la discapacidad.²⁵ Una estrategia importante en estos movimientos ha sido usar la legislación y el litigio estratégico para derrocar o dismantelar sistemas de tutela plena. Pero este momento negativo va de la mano con una variedad de iniciativas positivas, particularmente aquellas que han intentado establecer sistemas de apoyo para las personas con discapacidad en su ejercicio de la capacidad jurídica, tal como lo exige el artículo 12(3) de la CDPD. ¿Qué lecciones podemos extraer del análisis anterior para este programa de reforma? ¿Y qué estrategias sugiere para aquellos que pretenden promoverla?

Al abordar estas cuestiones, podemos orientarnos a partir de nuestras dos conclusiones principales; la primera, que el concepto de voluntad ha desempeñado desde hace mucho tiempo un papel fundamental en la definición de regímenes de capacidad jurídica y la segunda, que las condiciones límite para los regímenes modernos de capacidad jurídica están determinados en parte por las prácticas de atribución de voluntad, certificación de voluntad y anulación de voluntad que excluyen a las personas con discapacidades cognitivas significativas de la participación plena en dichos regímenes. Es importante apreciar en qué medida estas dos conclusiones limitan las opciones estratégicas para una reforma. Bajo regímenes vigentes de capacidad jurídica, la capacidad de ejercicio se reconoce solo cuando una determinada voluntad en un determinado asunto

²⁵ V. Comité CDPD, Observación General Núm. 1, art. 12, párr. 14: "La capacidad jurídica es un derecho inherente reconocido a todas las personas, incluidas las personas con discapacidad. [...] La capacidad jurídica significa que todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, tienen la capacidad legal y la legitimación para actuar simplemente en virtud de su condición de ser humano".

se puede atribuir a un agente jurídico. Si el objetivo de la reforma legislativa es eliminar todos los obstáculos que se oponen al reconocimiento de la capacidad jurídica universal, entonces, o este vínculo entre la capacidad jurídica y la voluntad debe romperse, o bien debemos revisar nuestras prácticas de atribución de voluntad y certificación de voluntad, junto con la doctrina jurídica de la voluntad y los principios de ética que los rigen. Las dos estrategias no son necesariamente excluyentes, pero sí apuntan hacia direcciones más bien distintas y presentan diferentes retos y oportunidades. A modo de conclusión, sería útil considerar la elección entre estas dos opciones estratégicas desde el punto de vista de un importante episodio en el reciente movimiento reformista.

En Bulgaria, el "Proyecto de Ley de Personas Naturales y Medidas de Apoyo"²⁶ se presentó ante la Asamblea Nacional en el verano de 2016, tras una serie de consultas nacionales sobre cómo armonizar la ley búlgara con la CDPD. El objetivo de la legislación propuesta —que hasta la fecha no se ha adoptado— era abolir el sistema actual de tutela en Bulgaria y reemplazarlo con un sistema innovador de toma de decisiones con apoyos.²⁷ El proyecto de ley original era destacable, en parte, por su inclusión explícita de expresiones directamente procedentes de la CDPD, la cual Bulgaria había ratificado en 2012. En particular, la ley enumeraba un conjunto de principios que habían de regular todas las medidas de toma de decisiones con apoyos en Bulgaria. En el borrador inicial de esta lista de principios, el segundo principio se formuló de la siguiente forma: *зачитане на волята и предпочитанията на подкрепения* (el respeto de la voluntad y las preferencias de la persona que recibe el apoyo). Aquí el término "voluntad" es *волята* (pronunciado "volyata"), que es una variante etimológica directa del latín, *voluntas*.

²⁶ Proyecto de Ley de Personas Naturales y Medidas de Apoyo. Presentado el 4 de agosto de 2016. Disponible en búlgaro en <<https://parliament.bg/bills/43/602-01-48.pdf>>

²⁷ V. el capítulo diez, Shabani, N. y Dimitrova, M., *El "punto de inflexión": cambiar el paradigma de la toma de decisiones por sustitutos en Bulgaria*, en este mismo volumen.

La incorporación de este principio a la arquitectura jurídica de la ley búlgara parecería ser natural y adecuada. Los sistemas de apoyo a la toma de decisiones son un excelente ejemplo de "medidas que se relacionan con el ejercicio de la capacidad jurídica". Como hemos visto, el artículo 12(4) de la CDPD requiere salvaguardias para garantizar que dichas medidas respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona. Además, en ese momento la Asamblea búlgara había ratificado la CDPD, lo cual significaba, conforme a la legislación búlgara, que esta tenía prioridad preventiva sobre cualquier legislación nacional con la que fuera incompatible. Así, las expresiones propuestas sirvieron en efecto para reafirmar un principio con el que Bulgaria ya estaba legalmente comprometido. Pese a todo esto, la inclusión del segundo principio del borrador generó resistencia en Sofía, y al final se buscó un compromiso. En el proyecto de ley que finalmente se presentó en la Asamblea de Bulgaria en agosto de 2016, la palabra "*волята*" se reemplazó por "*желанията*" (*zhelaniyata*), que significa "deseos". Como resultado, el principio revisado que pretendía regir la estipulación de la toma de decisiones con apoyos en Bulgaria se formuló en última instancia de la siguiente forma: "*зачитане на желанията и предпочитанията на подкрепения*" (*el respeto de los deseos y las preferencias de la persona que recibe el apoyo*). Aunque el "Proyecto de Ley de Personas Naturales y Medidas de Apoyo" no se ha convertido en ley, este principio revisado fue aprobado finalmente por la Asamblea de Bulgaria como el artículo 66.5 de la Ley de Personas con Discapacidad²⁸ de 2018.

Al pensar en este episodio de la historia de la reforma legislativa inspirada en la CDPD, vale la pena reflexionar primero en la resistencia que generó la redacción original de este principio en el proyecto de ley. La resistencia es notable en parte porque queda fuera de las controversias conocidas que tan a menudo caracterizan este ámbito del derecho y

²⁸ Ley de Personas con Discapacidad [Закон за хората с увреждания]. 11 de diciembre de 2018. *State Gazette* núm. 105, Bulgaria, 12 de diciembre de 2018, p. 3-26.

la política pública. Los debates sobre la reforma en este ámbito normalmente se insertan en los huecos que portan el conocido motivo de "*respetar frente a proteger*". Una parte pelea por un mayor respeto por la autonomía de las personas con discapacidad, mientras que la otra parte pelea por medidas protectoras que pueden poner en peligro la autonomía. Las y los defensores de una mayor autonomía argumentan que las medidas protectoras son inaceptablemente paternalistas; esto suscita un debate.²⁹ En este caso, sin embargo, queda claro que estamos al margen de esos huecos. Después de todo, si la preocupación fuera que el principio original de "respeto de la voluntad y las preferencias" pudiera impedir medidas protectoras adecuadas cuando son necesarias, difícilmente se aceptaría el principio de respeto de los *deseos y las preferencias* como un arreglo aceptable. Así pues, ¿qué motivó la resistencia al marco original?

Por lo menos, el análisis realizado anteriormente ayuda a entender esto. Desde la perspectiva del establecimiento legal, la redacción original del proyecto de ley de Bulgaria desafió un supuesto antiguo, profundamente arraigado, pero a menudo implícito. En el contexto del régimen imperante de capacidad jurídica, simplemente se asume que las personas que estaban sujetas a órdenes de tutela no eran capaces de tener su propia voluntad. Como lo explican Shabani y Dimitrova en su contribución a este volumen, "según la doctrina jurídica conservadora, la voluntad es sobre todo inherente a una persona racional".³⁰ En una ilustración potente de la repercusión continua del axioma de Justiniano, un profesional del derecho búlgaro expresó el punto claramente en una conversación privada, simplemente señalando: "*Esas personas no tienen voluntad*". Al tratar de establecer un principio de respeto de la voluntad de las personas con discapacidades cognitivas y psicosociales, el movimiento reformista

²⁹ Cf. Appelbaum. "Saving the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities—From Itself", en *World Psychiatry*, núm. 18, tomo I, 2019, pp. 1-2, junto con la respuesta de Newton-Howes y Gordon, "Who Controls your Future?", en *Australian and New Zealand Journal of Psychiatry*, núm. 54, tomo II, 2020, pp. 134-7.

³⁰ Shabani y Dimitrova, *op. cit.*, V. *infra*, p. 313.

trabajaba a contracorriente de los principios y las prácticas de exclusión que están profundamente arraigadas en el derecho civil y su historia. Además, estas mismas prácticas excluyentes tienen un fundamento jurídico establecido, que es el siguiente, si la voluntad tiene requisitos previos cognitivos, inevitablemente habrá formas de discapacidad que impidan la atribución de voluntad.

Si nuestro análisis ayuda de esta manera a comprender la resistencia a la redacción original del principio búlgaro, ¿qué puede enseñarnos sobre el potencial de emancipación de la redacción del acuerdo? Más importante aún ¿qué puede decirnos sobre las medidas que deben adoptarse para lograr ese potencial? Al considerar estas cuestiones, mucho depende de cuál de las dos estrategias de reforma se adopta al tratar de alcanzar un régimen inclusivo de la capacidad jurídica. ¿Debería ser la estrategia desmantelar el antiguo nexo de la capacidad jurídica, capacidad de ejercicio y la voluntad? ¿O consiste en dejar esa arraigada interdependencia en su lugar a la vez que se desarrollan prácticas más inclusivas de atribución de voluntad y certificación de voluntad?

En principio, el compromiso de Bulgaria se puede usar en servicio de cualquiera de estas estrategias. En el primer enfoque, la estrategia debe ser desvincular la capacidad jurídica del requisito de una manifestación de voluntad, lo que permite reconocer la capacidad de ejercicio de acuerdo con los deseos y preferencias manifiestos de una persona. Sin embargo, para que dicha estrategia de desvinculación maximice su potencial, requiere revisiones de gran alcance en otros ámbitos del Derecho Civil. Mientras que el concepto de voluntad se puede haber eliminado de los principios que rigen la toma de decisiones con apoyos en Bulgaria, conserva un lugar destacado en otros ámbitos de la legislación búlgara. Consideremos dos ejemplos notables: El artículo 20 de la Ley de Obligaciones y Contratos³¹ de Bulgaria estipula que "se buscará la verdadera voluntad

³¹ Ley de Obligaciones y Contratos [*Закон за задълженията и договорите*], 22 de noviembre de 1950, *State Gazette* [*Държавен Вестник*] núm. 2, Bulgaria, 5 de diciembre de 1950 (última modificación el 27 de abril de 2021, *State Gazette* n. 35).

común de todas las partes al interpretar un contrato". El artículo 31 de la misma ley establece que un contrato estará sujeto a la anulación si "en el momento de la celebración del contrato la persona no era capaz de comprenderlo o no era capaz de guiar sus actos". Cabe señalar que incluso en las revisiones del derecho contractual propuestas en el Proyecto de Ley de Personas Naturales y Medidas de Apoyo, se conservaron estas disposiciones de la Ley de Obligaciones y Contratos. Podemos reconocer en estas disposiciones el arraigado *statu quo ante*; la ley tal como la tenemos reconoce un contrato —o cualquier otro acto jurídico— solo donde atribuye una voluntad, y la ley establece la anulación de los actos jurídicos en circunstancias en que el entendimiento se halla ausente. Mientras esas disposiciones no cambien, la primera estrategia de reforma permanecerá incompleta. Para que todas esas disposiciones cambien, el Derecho Civil tal como lo conocemos necesitaría una profunda transformación.

La estrategia alternativa es dejar como está la dependencia tradicional de la capacidad jurídica del concepto de voluntad y, en su lugar, enfocar los esfuerzos de reforma a cambiar las prácticas que mantienen la atribución y certificación de la voluntad en los casos en que, en el pasado, se había rechazado de forma preventiva. Existe más de una manera en que se puede perseguir esta estrategia alternativa. Una posibilidad es aprovechar el estado distintivo del concepto de la voluntad como una noción jurídica primitiva en gran medida sin definir. Precisamente porque este concepto carece de una definición jurídica convenida, su significado está abierto a una evolución jurídica que continúa. Según las concepciones prevalecientes de la voluntad en la práctica jurídica y la ética legal, se entiende que la voluntad tiene requisitos previos cognitivos; se entiende que solo alguien con el *logismòn* adecuado es capaz de tener voluntad. La buena noticia es que la historia de la filosofía, la psicología y la teología está llena de ejemplos de concepciones *no cognitivas* de la voluntad, entre ellas la de Martín Lutero, Thomas Hobbes y Arthur Schopenhauer ofrecen pistas que vale la pena explorar.

Alternativamente, la comprensión cognitiva predominante de la voluntad puede conservarse junto con su lugar arraigado en los cimientos del derecho civil, y la estrategia para lograr una mayor inclusión puede desplazarse a estrategias de *carga cognitiva compartida*. En este enfoque, el principio búlgaro de respeto de los deseos y las preferencias tendría que hacerse el punto de partida y la piedra angular de un proceso hermenéutico que culmina en el reconocimiento de una voluntad accionable de la persona que recibe asistencia. Para aprovechar esta pista se requiere el desarrollo de prácticas a través de las cuales la carga cognitiva intrínseca a la voluntad se realice conjuntamente entre la persona que brinda la asistencia y la que la recibe. La buena noticia es que no es necesario inventar desde cero la carga cognitiva compartida. Es un proceso que ocurre todos los días en las diversas profesiones — personas abogadas, planificadoras de bienes raíces, agentes inmobiliarios, corredoras de bolsa, funcionarias de admisiones en una residencia para enfermos terminales, etcétera— en las que los deseos y las preferencias más o menos incipientes de un cliente adquieren una forma que sienta las bases para la acción jurídica que se lleva a cabo para y en nombre del cliente. Es también un proceso que en años recientes la filosofía, la sociología y las ciencias cognitivas han investigado intensamente, por lo que una vez más hay fundamentos de investigación que pueden servir como base. Pero queda mucho por hacer al intentar aprovechar estos hallazgos de investigación en el diseño de novedosos instrumentos jurídicos que, como los testamentos de Solón, cumplen la función de dar fuerza jurídica a las preferencias de una persona.³²

³² Una versión anterior de este capítulo se presentó como conferencia invitada en la Universidad de Cork, Irlanda. Quisiera expresar mi agradecimiento a los organizadores y participantes de ese evento, así como a todos mis amigos y colegas que me han ayudado a lo largo del camino explorando los materiales que aquí se examinan. Entre ellos, quisiera agradecer a Joel Anderson, Matthew Burch, Sándor Gurbai, Beatrice Han-Pile, Sabine Michalowski, Alex Ruck Keene, Nadya Shabani, Daniel Shipsides, Dahlia Torres, Adrian Ward y Daniel Watts. Emily Fitton y Margot Kuylen colaboraron en la elaboración del manuscrito. Un agradecimiento muy especial a Michael Bach y Renato Constantino Caycho, que fueron extraordinariamente generosos al compartir su tiempo, conocimientos y experiencia, y sin quienes este ensayo nunca se hubiera escrito.