



LA VOLUNTAD INDIVIDUAL EN EL CONTRATO: FUNDAMENTO MULTIDISCIPLINARIO

*Conferencia ofrecida por el académico titular doctor Marcelo Urbano Salerno en la
sesión plenaria del 28 de marzo de 2022*

Dedico esta comunicación a la memoria de Marco Aurelio Risolía (1911-1994). Ingresó a nuestra corporación en el año 1987 y expuso en torno al tema “Derecho, legalidad, justicia y poder”¹. Horacio García Belsunce, al hacer la presentación del nuevo académico, destacó su trayectoria, cuanto elogió su “indiscutible jerarquía”.

I.- UNA TESIS PRECURSORA

Hace más de siete décadas, el académico Marco Aurelio Risolía presentó su tesis “Soberanía y crisis del contrato” a fin de obtener el título de doctor en jurisprudencia en la Universidad de Buenos Aires². Creo oportuno recordar ahora esa investigación comenzada en el año 1943 debido a las ideas expuestas por su autor que siempre guardan actualidad³. Estaba finalizando la Segunda Guerra Mundial, conflicto que trastocó la economía del universo y reinaba la incertidumbre sobre el porvenir de todas las naciones. Al terminar de escribir el libro que nos ocupa, Risolía captó los efectos que ese conflicto iba a producir sobre las relaciones de intercambio de bienes y servicios en Argentina.

Sirva esta disertación para complementar una obra modelo en materia de la voluntad en los actos jurídicos, y rescatarla de un posible olvido en el porvenir para que continúe despertando inquietudes en la doctrina nacional. Una obra de lectura obligatoria destinada a comprender la esencia del contrato: norma o regla particular dotada por la ley de fuerza obligatoria.

Libro escrito en una época de dirigismo estatal en que el gobierno de entonces intervenía en el mercado y regulaba la economía del país imponiendo medidas en desmedro de la iniciativa privada. El autor, mediante el depurado estilo característico de toda su producción intelectual, enunció prolijamente en esas páginas la serie de disposiciones adoptadas por el Estado argentino “ad usus delphini” para restringir la libertad de contratar y limitar el ejercicio del derecho de propiedad, durante el período 1914 a 1943⁴.

¹ Anales de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires (en adelante ANCBA), tomo XXI-año 1987, págs. 71/85. La tesis recibió el Premio Profesor Eduardo Prayones.

² RISOLÍA Marco Aurelio, “Soberanía y Crisis del contrato”, 2ª ed., edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1958.

³Véase como antecedente RISOLÍA Marco Aurelio “El espíritu de la legislación civil y su reforma”, Boletín Mensual de la Facultad de Derecho (UBA), Año XI, marzo-abril 1940, N° 93 Y 94, págs. 279/324.

⁴ Véase, “Soberanía ...”, págs. 295/343 donde describe la copiosa legislación que fue dictada a ese efecto, la cual merece ser estudiada por la historiografía jurídica.



A fin de dar fundamento a su tesis, Risolía indagó la importancia de la voluntad individual en el ámbito del derecho privado. Se sirvió de numerosos libros citados al pie de página y en la abundante bibliografía consultada, previniendo que ciertos juristas omitían hacerlo al comentar los artículos del Código Civil⁵. Bien pudo decir, pues, que “el juicio sobre el valor actual del contrato frente a las exigencias mudables de las relaciones humanas, supone ponderar la voluntad a la luz de la psicología, la lógica, la ética, el derecho”. Y agregaba: “toda la vida consciente está gobernada por la voluntad”, “un proceso interno que se rige exclusivamente por la ley de finalidad”⁶. Postuló el libre arbitrio del ser humano, como un principio regulador de superior jerarquía, sometido a la más amplia responsabilidad por los actos de su autoría.

Años más tarde, desde la cátedra universitaria y prestigiosas tribunas, reafirmó los conceptos de su tesis para divulgarlos ante la ruinosa gestión administrativa del estatismo. Reconoció que su vocación profesional se consolidó “meditando sobre el origen la razón de ser del derecho” y aclaró haber “indagado el papel que juega en su génesis y adultez la voluntad psicológica y cómo se reconoce y opera la jurídica”⁷.

En su autorizada opinión, “la voluntad que se liga a una relación o situación de derecho, sea porque en ella torna origen esa relación o situación, sea porque de ella derivan las alteraciones de su régimen, califícase, pues, de jurídica”⁸. Afirmó por vía de consecuencia que respecto del acto jurídico “sería el principal elemento en su formación, modificación o extinción, y en la determinación de sus efectos”. La consideró “indispensable a la moralidad”, reafirmando que “voluntad entraña libertad, crisis de la voluntad es crisis de la libertad”⁹.

Sintetizando, para Risolía es una “categoría necesaria del derecho común”, donde “no hay, pues, una voluntad común, ni hay una declaración de voluntad común: hay por lo menos dos voluntades, por lo menos dos declaraciones de voluntad, aunque se coincida en un solo estatuto”. En la celebración de este acto jurídico es

⁵ AGUIAR Henoch D. (1871-1959) se había ocupado del tema, pues el año 1924 publicó el libro “La voluntad jurídica”, cuando era profesor en la Universidad Nacional de Córdoba.

⁶ VIDELA ESCALADA Federico, “Los elementos esenciales de los contratos en el pensamiento de Marco Aurelio Risolía”, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, “Contratos. Homenaje a Marco Aurelio Risolía”, prólogo de Roberto Martínez Ruiz, edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 321 expresó “la voluntad, como potencia inmanente en los seres humanos”.

⁷ RISOLÍA Marco Aurelio, “Derecho, economía y ley natural. El destino de dos instituciones capitales: propiedad y contrato”, disertación pronunciada en ESEADE, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, año XXI, n° 24, págs. 367/386.

⁸ RISOLÍA Marco Aurelio, “Capacidad y Contrato”, edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1959, pág. 77 reiteró: “La voluntad que pondera el derecho es la voluntad idónea de quien tiene capacidad, es decir, aptitud jurídica”.

⁹ RISOLÍA Marco Aurelio, “Soberanía ...” cit., págs. 27, 38 y 49. BUSTAMANTE ALSINA Jorge, “La autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria del contrato y el principio de buena fe”, en Libro Homenaje opus cit. pág. 32 dice: “la crisis de la voluntad autónoma es crisis de la libertad y crisis de la regla moral”.



indispensable el consentimiento de las partes, motivo por el cual se lo denomina también “acuerdo de voluntades”¹⁰.

Rindió culto a la excelente creación de Vélez Sársfield, a quien calificó de tener la calidad de “un estadista sin desmerecer del juriconsulto”¹¹. La Argentina se sumó con ese “corpus” al movimiento de la codificación surgido a comienzos del siglo XIX con el Código Napoleón de 1804, inspirado en el “ius naturalismo”¹². Ese movimiento, que todavía subsiste, recibió influencias racionalistas y empiristas originarias del espíritu de la Ilustración¹³. La codificación finalmente fue impuesta en Alemania, pese a oponerse la escuela histórica del derecho, capitaneada por Savigny. El año 1900 entró en vigencia el Código Civil alemán (conocido por las siglas B.G.B), obra de profesores, partidarios del conceptualismo, que le dieron una depurada técnica. Causó una renovación institucional en varios países, tanto en la legislación, como en la doctrina¹⁴.

A partir del momento que comenzó a regir el Código Civil en el año 1871, se le hicieron a este “corpus” numerosas reformas, pues fue flexible a los cambios de orden social, aunque siempre mantuvo firme su estructura. Diez generaciones de argentinos lo tuvieron como manto protector de la seguridad jurídica. Envejeció, pero no cayó en la decrepitud, como lo acusaron sus críticos a fin de abrogarlo. La ley 340 que lo aprobó, tuvo la precaución de disponer que la Corte Suprema y los Tribunales federales informaran anualmente las dudas y dificultades planteadas por su aplicación y de los “vacíos que encontraran”.

La vigencia de su normativa básica durante más de un siglo demuestra la bondad de las soluciones ofrecidas para prevenir y solucionar conflictos, dando estabilidad al régimen civil, en particular a los contratos que sobrevivieron a la copiosa legislación de emergencia dictada durante el siglo XX. Desde este punto de vista se puede afirmar que ha sido un símbolo para la convivencia pacífica de los habitantes de nuestra tierra, luego de la unión y organización nacional¹⁵. Sembró la civilización y

¹⁰ RISOLÍA Marco Aurelio, “Soberanía ...” cit. págs. 94, 99 y 106.

¹¹ RISOLÍA Marco Aurelio, “Soberanía ...”, cit. pág. 303. ANCSA realizó una sesión pública extraordinaria para recordar la personalidad y la obra de Vélez Sársfield el día 3 de noviembre de 1999, en la que participaron los académicos Carlos María Gelly y Obes, Roberto Martínez Ruiz, y Horacio García Belsunce, Anales tomo XXXIII-año 1999, págs. 557/589.

¹² MAZZINGHI Jorge, “El Código Napoleón”, en UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA, “La codificación: raíces y prospectiva”, edit. Educa, 2003, tomo I, págs. 35/36. El autor atribuyó a dicho Código la sacralización del contrato.

¹³ LEOCATA Francisco, “Las ideas jusfilosóficas de la Ilustración”, en UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA, opus cit. tomo I, pág. 76. Sostiene que esas influencias “radicalizan la subjetivación de los derechos naturales y los enlazan con una legislación positiva cuya fuente es el contrato”.

¹⁴ SALEILLES Raymond, “De la déclaration de la volonté”, edit. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1929. Tradujo al francés el B.G.B. y asistió al Congreso Internacional de Derecho Comparado celebrado en París el año 1900, donde expuso su teoría sobre el derecho natural para la humanidad.

¹⁵ CABRILLAC Rémy, “El simbolismo de los Códigos”, en UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA opus cit. tomo I, págs. 237/248. ALTERINI Atilio Aníbal, “Contratos. Civiles-comerciales-de consumo. Teoría general”, edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998. Este autor sostuvo que el espíritu del Código de Vélez era un mito pues habrían subsistido pocas de las “ideas originales”, y agregó que “el ente conceptual que fue ha quedado obsoleto”. Véanse págs. 168/169 en las cuales emplea la voz mito con un sentido negativo. Recuérdese que ese vocablo puede ser empleado como “saber supra histórico” y con un “alcance



dejó ideas arraigadas en la cultura argentina. Lejos de ser un mito intocable de la tradición jurídica del país, permitió el desarrollo de la vida privada -incluso la microeconómica- con un ritmo armónico. Ha sido derogado por la ley 26.994 -igual suerte corrió el Código de Comercio- y reemplazado por un nuevo ordenamiento cuya aplicación está en curso.

Durante el siglo XX surgió la iniciativa de elaborar un nuevo Código Civil y Comercial unificados, según lo establecido por la Constitución Nacional (el art.75 inc. 12, del texto de la Convención Constituyente de 1994), como también dispone “la reforma de la actual legislación” (art. 24)¹⁶.

Evidentemente, el criterio a seguir en el futuro por el legislador es muy amplio, no solo respecto de los Códigos vigentes, superando la metodología de las recopilaciones y compilaciones de leyes, sino de cualquier normativa en general. Diríase que el ordenamiento podría ser renovado en el futuro a causa de las transformaciones sociales y económicas que sobrevengan en el país y en el mundo globalizado. Adviértase que esa perspectiva encierra el riesgo de llegar a conmover la estabilidad institucional, pero acaso algunas modificaciones serían indispensables para adecuar el orden legal a la realidad.

Ténganse presentes las garantías fundamentales que brinda el novísimo Código Civil y Comercial, a saber: libertad de contratación para celebrar un acto jurídico patrimonial y establecer el contenido de sus cláusulas (art. 958), libertad de la previa negociación del acto (art. 990), efecto vinculante de las obligaciones pactadas (art. 960)¹⁷, la prohibición a los jueces de modificar las estipulaciones contractuales, salvo en caso que el acto afecte al orden público (art. 960), el principio de la buena fe de las partes (art. 961), carácter supletorio de las leyes respecto de la voluntad de los contratantes (art. 962); y, por último, el enunciado del art. 965: “Los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante”¹⁸. Las garantías detalladas responden a las directivas de la Constitución Nacional, las cuales

ontológico”. Conf. BAUZA Hugo Francisco (compilador), “El imaginario en el mito clásico”, ANCBA, Buenos Aires, 2006, págs. 8 y 95.

¹⁶ La fuente de este artículo se encontrará en ALBERDI Juan Bautista, “Organización de la Confederación Argentina”, prólogo de Adolfo Posadas, edit. El Ateneo, Madrid, 1913, volumen que incluye las “Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina”, tomo I pág. 228, art. 31 del Proyecto. Alberdi se refirió al sistema vigente en el Virreinato en los siguientes términos: “Esa legislación no puede servir para poner en ejercicio los derechos de libertad, igualdad, seguridad, consagrado por la Constitución”. Véase en el tomo II de esa obra el “Sistema económico rentístico de la Confederación Argentina”, escrito en 1854, págs. 47 y 119.

¹⁷ Otro Proyecto presentado al Congreso en el año 1987 que sancionó la ley 24.032 vetada por el Poder Ejecutivo, relativizaba el efecto vinculante en estos términos: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la que deben someterse como a la ley misma, si las circunstancias que determinaron para cada una de ellas su celebración y fueron aceptadas por la otra o lo hubieran sido de habersele exteriorizado, subsisten al tiempo de la ejecución”. Es un texto evidentemente inconstitucional.

¹⁸ Sobre la titularidad de los derechos individuales, véase el art. 15.



también estaban expresa e implícitamente declaradas en el Código Civil anterior (ley 340), de modo que restan incólumes¹⁹.

II.- LA VOLUNTAD INDIVIDUAL

La voluntad es una idea vinculada a la filosofía, la psicología y el derecho, además de su trascendencia espiritual. Exige un profundo estudio, imprescindible en todo momento. Requiere la participación de esas tres disciplinas, a fin de precisar el significado dimensional de los textos normativos que son aplicados por los jueces al dictar sentencia. En todo el ordenamiento legal dicho vocablo siempre se emplea con el mismo sentido y alcance, quedando librado al intérprete aplicarlo a un caso concreto. Los juristas prefieren emplear la acepción simple, como si fuese un término corriente del léxico jurídico, sin detenerse en apreciar la importancia de esta palabra clave del pensamiento para tornarla cognoscible, porque le asignan un carácter extra normativo.

Uno de los problemas suscitados en la hermenéutica consiste en desentrañar las voces utilizadas en las leyes, cuando emplean términos anticuados y neologismos de última generación ajenos al glosario castellano²⁰. Sin perjuicio de la redacción gramatical de una frase en particular, a veces se la debe interpretar con motivo de una mala traducción, proveniente de otro idioma, como ser el portugués y el francés, o directamente expresada en inglés, devenido hoy lengua franca.

El legislador prescindió definir a la voluntad, dejándola librada al entender común. Se limitó a enunciar sus elementos constitutivos que son el discernimiento, la intención y la libertad de la persona que la hace manifiesta al exterior²¹. Reservó a la doctrina la lectura paciente de párrafos indescifrables a fin de explicarlos racionalmente, tarea que también delegó a la jurisprudencia para decidir cuestiones controvertidas. De manera que la voluntad, palabra unívoca, debe ser entendida como una expresión del pensamiento de acuerdo con la realidad social. No puede ser válido

¹⁹ Ese cuerpo legal reglamentó los derechos declarados en la Constitución Nacional, ajustándose a sus principios rectores. En la nota al art. 2506 Vélez Sársfield dijo: “La propiedad debía definirse mejor en sus relaciones económicas: el derecho de gozar del fruto de su trabajo, el derecho de trabajar y de ejercer sus facultades como cada uno lo encuentre mejor”. Es una síntesis del pensamiento que animó al codificador.

²⁰ El Código Civil y Comercial (ley 26.994) dispone en el art. 1063 que las palabras empleadas en las cláusulas contractuales se entenderán según el “uso general”, en virtud de una norma expresa, conforme el acuerdo de las partes, y de “los usos y prácticas”. Omitió incluir al significado de un término científico, como lo propuso el Proyecto de 1989 (art. 1027 inc.), a fin de que no fueran tergiversadas por desconocimiento.

²¹ LÓPEZ MESA Marcelo, en “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado”, directores LÓPEZ MESA Marcelo y BARREIRO DELFINO Eduardo, edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2019, tomo 1, págs. 98/99 expone críticamente las numerosas definiciones y conceptos del nuevo Código, pero aquí se siguió el criterio de Vélez Sársfield en el art. 897 del primer Código Civil sancionado por la ley 340.



tergiversar su significado o, lo que es peor, ignorarlo para respaldar un falso argumento.

Es una noción científica indispensable que perdura en el tiempo, especie de potencia en movimiento. Brinda sentido al acto psíquico volitivo que se elabora en el interior de la conciencia y luego trasciende bajo la forma de una manifestación intelectual²². Representa una facultad de las personas a fin de revelar la tendencia que las anima. El individuo precisa tener maestría para elaborar la voluntad sobre sus propios actos y cumplir los compromisos asumidos. Cuando otorga un acto jurídico su voluntad inmanente trasciende al exterior y produce los efectos correspondientes, sea en un contrato o en un testamento²³.

Una consideración especial merecen los aportes de las ciencias posteriores a la sanción del antiguo Código Civil (ley 340), para explicar el acto volitivo, los cuales conciernen a la hermenéutica jurídica. Las investigaciones sobre el pensamiento creativo y los procesos de conocimiento, en su mayoría fueron realizadas después de 1869. La ciencia cuyo objeto es la psicología, recién se independizó de la filosofía a fines del siglo XIX, para ocuparse de los variados estados de la mente y el fenómeno de la introspección.

En las entrañas de la filosofía se emplaza el derecho, según teorías que se remontan a siglos pasados. De ahí que en la antigüedad, los pensadores buscaron expresar su inquietud sobre la Justicia y sobre las leyes. En esa dirección encontramos la obra de Immanuel Kant (1724-1804), quien ejerció gran influencia desde una perspectiva racionalista. Este filósofo alemán definió la voluntad como “una especie de causalidad de los seres vivos en cuanto que son sociables”, y agregó que “la libertad sería la propiedad de esta causalidad, por la cual puede ser eficiente, independientemente de extrañas causas que la determinen”²⁴.

Vélez Sársfield tuvo que prescindir de consultar las obras dedicadas a la psicología de su época, una disciplina que estaba en los inicios²⁵. No obstante ello, permanecieron inalterables los elementos enunciados, pues nada ha cambiado a su respecto hasta el día de hoy.

Risolía visualizó la función auxiliar de la psicología para comprender la esencia de este concepto jurídico. Consultó bibliografía perteneciente a la llamada escuela del método experimental, en la que descollaron el francés Claude Bernard (1813-1878), el alemán Hermann Lotze (1817-1881) y el danés Harald Hoffding (1843-1932). Citó también a Teófilo Armando Ribot (1839-1916) para prestar apoyo a su tesis; Ribot había traducido del inglés el libro de Herbert Spencer sobre “Principios de psicología”

²² SALERNO Marcelo Urbano, “Manifestación de la voluntad en los contratos electrónicos”, en Anales ANCA tomo XLII (1)-AÑO 2008, págs. 153/168, y “Los contratos en el mercado virtual”, en La ley 1999-B-425/427. El ámbito digital brinda un ágil mecanismo a la manifestación de la voluntad.

²³ Véase el Código Civil y Comercial (ley 26.994) arts. 259, 260, 252 y 2465; sobre la declaración unilateral el art. 1800.

²⁴ KANT Immanuel, “Metafísica de las costumbres”.

²⁵ Véase la nota que escribió Vélez Sársfield al art. 3615 Cód. Civil (ley 340) sobre la demencia del testador.



(1875). Spencer (1820-1903) definió a la voluntad como “un simple estado mental homogéneo que forma el eslabón entre el sentimiento y la acción”²⁶.

Al correr de los años las investigaciones fueron avanzando de modo que sus autores crearon distintas escuelas, de las cuales solo me referiré a las que promovieron Sigmund Freud y Paul Ricouer, reconocidas autoridades en la materia.

Sigmund Freud (1856-1939), fundó el psicoanálisis, que era el “contenido” de su vida, como escribió en 1925. Había sido el primero de su promoción en el “gymnasium” (nuestro bachillerato) durante los siete años que cursó. Luego le atrajo el estudio del derecho, mas desistió para aplicarse a la medicina, vocación que le despertó la lectura de Johan Wolfgang Goethe (1749-1832)²⁷. Ingresó a la Facultad de Viena el año 1873 y se graduó de doctor el año 1881, mientras trabajaba en el laboratorio de fisiología a cargo de Ernst Brücke (1819-1892). Ejerció la medicina como interno al iniciar su carrera en el Hospital General de Viena, mientras se desempeñaba en el Instituto de Anatomía del Cerebro. Confesó que no le “atraían las disciplinas realmente médicas, con excepción de la psiquiatría”. El año 1885 fue designado docente adscripto en neuropatología y obtuvo una beca para proseguir sus estudios en Francia²⁸.

Reflexionó sobre este tema, a fin de llegar a la conclusión que la voluntad es un impulso motriz del deseo que lleva a realizar los actos psíquicos. Según este científico, es la energía destinada a satisfacer una necesidad vital que exige del saber consciente²⁹.

Comenzó sus indagaciones en París, escuchando las clases de neuropatología que daba Jean Martín Charcot (1825-1893) los días martes en la “Salpêtrière”, quien tuvo gran influencia en su labor. Estaba impresionado por una frase que repetía Charcot: “La théorie, c’est bon, mais ça n’empêche pas d’exister”³⁰.

Fue contemporáneo del filósofo Edmund Husserl (1859-1938), ambos nacidos en Austria, así como fueron discípulos de Franz von Brentano (1832-1917)³¹. Husserl sostenía que la psiquis en general, las personalidades psíquicas, los estados psíquicos, y las vivencias son unidades empíricas³². Describió la esfera volitiva del ser, donde la decisión pertenece al dominio de la voluntad, fundada en representaciones, es

²⁶ SPENCER Herbert, “El organismo social”, edit. La España Moderna, Madrid, s/f pág. 255. Esa definición pertenece a un ensayo sobre “Las emociones y la voluntad según Bain”, donde Spencer critica las teorías del filósofo inglés Alejandro Bain (1818 - 1903).

²⁷Resultó ser una paradoja, ya que Goethe fue abogado como su padre; ejerció en los tribunales de Wetzlar, aunque sin apego a esa profesión.

²⁸ FREUD Sigmund, “Presentación autobiográfica” (la primera edición publicada en alemán y en inglés es del año 1935), en “Obras Completas”, edit. Amorrortu, Buenos Aires, 1990, volumen XX, págs. 3/70.

²⁹ BELLOMO Lucio E., “Aportes de Freud a la psiquiatría”, Anales ANCBA tomo XL- año 2006, pág. 679. BALLBÉ Raúl, “Freud y la crisis de la cultura”, Anales cit. págs. 716/717.

³⁰ “La teoría es buena, pero no impide que las cosas sean como son”.

³¹ AISEN SON KOGAN Aída, “Pensar la guerra desde Freud”, Anales cit. págs. 673/674.

³² HUSSERL Edmund, “Idées directrices pour une phénoménologie”, introducción, notas y traducción Paul Ricouer, edit. Gallimard, 5ª ed., París, 1950, pág. 182; véase en la introducción de Ricouer pág. XIV. IRIBARNE Julia V., “E. Husserl. Nosotros y el destino”, Anales ANCBA, tomo XLI (2)- año 2007, págs. 909/923.



potencial. Exige iniciativa, la que consideró un “fiat” del querer y del actuar. Husserl pensaba que todo acto encubre en sí un factor “lógico”, implícito o explícito³³.

Paul Ricouer (1913-2005) emprendió una lectura exhaustiva de los libros escritos por Freud durante los años 1960 a 1965, debido a que en ese lapso el psicoanálisis se ampliaba hacia los dominios de la cultura³⁴. Le preocupaba la sensación de culpabilidad en los humanos y esa inquietud lo condujo hacia el célebre psicoanalista, recibiendo su legado sobre la “génesis de la conciencia moral” y la conciencia de culpa. Así comprendió que la conciencia está en el fuero interno de las personas y puede ser exteriorizada. Es considerado el creador de una filosofía de la voluntad³⁵.

Dirigió su mirada hacia la fenomenología de lo voluntario y de lo involuntario, siguiendo las enseñanzas de Edmund Husserl, basadas en un idealismo trascendente, al considerar que la fenomenología es el fundamento de la psicología y de las ciencias del espíritu³⁶.

En su autobiografía, Ricouer escribió que ese había sido su “primer campo de investigación”. Después del estudio realizado, sostuvo que “la voluntad se define primero por su intención... y la acción por su realización, es decir, por su inserción en instituciones y relaciones de cooperación o de competencia”³⁷.

Recordar a los científicos mencionados se justifica por haber sido innovadores de la psicología, quienes validaron sus opiniones en el estudio y la reflexión. En gran medida demostraron que la doctrina jurídica precisa sustentarse en otras disciplinas para comprender el auténtico significado de las palabras escritas en los textos legales. Claro está que los tres autores citados actuaron y produjeron en otra época, posterior al Código Civil vigente desde el año 1871.

A fin de brindar una visión actualizada sobre el término voluntad, es oportuno recordar el discurso de incorporación a esta Academia del doctor Daniel H. Silva. En ese discurso nuestro académico sostuvo que la voluntad “es la facultad de decidir, organizar, planificar, ordenar y representar la propia conducta”. Agregó entonces que esa conducta “aparece vinculada al libre albedrío y a la libre autodeterminación”.

³³ HUSSERL Edmund, opus cit. págs. 331, 339, 400, 414.

³⁴ RICOUER Paul, “De la interprétation, essai sur Freud”, edit. Seuil, París, 1966. LESERRE Daniel, “La reflexión del símbolo de Ricouer. De Freud a Kant”, ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL, Asociación Argentina de Derecho Comparado, edit. Abeledo Perrot, n° 40, año 2020, pág. 117. Este número del Anuario, dirigido por Martín Laclau, fue dedicado a Ricouer, donde colaboraron Roberto J. Walton, Graciela Rolon, Francisco Diez y Silvia Gabriel.

³⁵ Se mantuvo fiel a las enseñanzas de Freud, pese a las críticas de Jacques Lacan (1901-1981).

³⁶ RICOUER Paul su nota en HUSSERL Edmund, “Idées directrices ...”, cit. pág. 60.

³⁷ RICOUER Paul, “Autobiografía intelectual”, traducción Patricia Wilson, edit. Nueva Visión, Buenos Aires, 2007, pág. 54. Véase, WALTON Roberto J., “Fenomenología de la política según Paul Ricouer”, Anales ANCBA, tomo XLIII-año 2009, 1ª parte, págs. 229/241. WALTON Roberto J., “Homenaje a Paul Ricouer en el centenario de su nacimiento”, Anales ANCBA tomo XLVII-año 2013, págs. 235/246.



Sostuvo que se puede hablar de un acto libre “cuando carece de ninguna constricción interna o externa”³⁸.

Resulta de lo expuesto que la ciencia jurídica en “última ratio” halla sustento en varias disciplinas a las que se debe recurrir para comprender las premisas utilizadas en su construcción lógica. Los signos del lenguaje empleados en las leyes precisan ser analizados para interpretar las normas aplicables y las cláusulas contractuales. Es un trabajo intelectual para avanzar sobre el dogma implícito de algunos autores de dar a las palabras un sentido literal, sin mayor examen y sin estimar su significado en virtud de la expresión en sí misma.

De ahí que, cuando se evalúa la voluntad jurídica como facultad de la conciencia humana para celebrar un contrato determinado, no solo se debe verificar si reúne sus tres elementos constitutivos, sino que además corresponde enfocar esa noción esencial del punto de vista psicológico.

Detengámonos en analizar los elementos esenciales de la voluntad. Se debe abrir el conocimiento del derecho a facies generalmente solo examinadas en la superficie, sin profundizar los problemas que se plantean en la época que atraviesa la humanidad³⁹.

1.- Discernimiento. Así como la doctrina tiene a su cargo explicar en qué consiste la voluntad individual, así también ocurre con el discernimiento. Es posible inferir de las normas respectivas que la persona debe gozar de perfecta razón, y, obviamente, tener salud mental, a fin de adoptar las decisiones indispensables para su vida cotidiana en las relaciones económicas que mantenga. Ello en virtud que se consideran involuntarios los actos otorgados “por falta de discernimiento”.

A propósito de la capacidad, en la antigua Roma, los juristas se dividieron en dos escuelas: los sabinianos y los proculeyanos. Prevalció el criterio de esta última escuela que postulaba la capacidad según las personas fuesen varones (estos a partir de los 14 años), o si fuesen mujeres (estas a los 12 años), en razón del momento en que llegaban a la pubertad⁴⁰. Gayo, jurista del siglo de oro (siglo II d.J.C.), pertenecía a la escuela sabiniana, consideraba que era necesario verificar en cada individuo si había llegado a la pubertad⁴¹.

³⁸ SILVA Daniel H., “Autonomía, integridad y voluntad en la toma de decisiones en la praxis asistencial”, Anales ANCBA tomo XLIX-año 2015, págs. 116/117. Véase MANES Facundo, “Neurobiología de la toma de decisiones y de la cognición social”, Instituto de Investigaciones y Desarrollo, ANCBA, separata, Buenos Aires, 20006, pág. 14. Sostuvo que “La toma de decisiones es un proceso complejo que requiere la interacción de muchas áreas corticales y subcorticales”.

³⁹ SALERNO Marcelo Urbano, “Derecho Civil Profundizado”, edit. UMSA y Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, págs. 88/89.

⁴⁰ INSTITUCIONES DE JUSTINIANO, edición a cargo de Ortolan M., bilingüe, edit. Omeba, Buenos Aires, 1960, Libro I título XXII sobre “quibus modis tutela finitur”, págs. 67/68. Justiniano prohibió la “inspectionem habitudinis corporis”. ELLUL Jacques, “Historia de las Instituciones de la Antigüedad”, traducción y notas de Tomás y Valiente, Francisco, edit. Aguilar, Madrid, 1970, págs. 362/363.

⁴¹ GAIUS, “Institutas”, traducción, introducción y nota de Di Pietro, Alfredo, edit. Librería Jurídica, La Plata, 1967, págs. 72/73.



Es un punto vinculado a la capacidad general para el obrar de la persona humana. La edad mínima establecida por el legislador es una ficción que nivela en un pie de igualdad a todos los habitantes del país en similares condiciones para ejercer sus derechos⁴². Va más allá de la manifestación de voluntad⁴³, ya que el orden legal exige que la voluntad se manifieste en forma auténtica, sin ningún vicio. Y la ley enuncia en detalle los vicios que pueden afectarla: error, dolo, y violencia.

Discernir en un sentido “lato” es comprender el acto jurídico que se otorga y saber los efectos que producirá. El obrar debe ser inteligente puesto que el individuo posee una facultad cognoscitiva, es decir, desarrolla el proceso mental del pensar discerniente. La ley no establece ninguna distinción respecto de las personas, cualquiera sea su facultad intelectual, respetando el principio de igualdad. Solo prohíbe realizar actos a los individuos con ciertas restricciones y a los incapaces.

Un enfoque subjetivo permitiría realizar algunas observaciones a ese criterio legal según sean casos especiales de carácter excepcional. Las normas jurídicas se refieren a las conductas humanas en general y sientan la presunción de que los individuos tienen el discernimiento apropiado al acto que otorgarán. Solo cuando en un contrato se “supone una confianza especial entre las partes”, cabe estimar “el grado de responsabilidad por la condición especial del agente”⁴⁴.

Sin embargo, el intérprete de esas normas debe analizar cada caso en particular a fin de apreciar si esa presunción legal rige en cualquier circunstancia, según la naturaleza del acto. Así es cómo deben ser considerados casos especiales relativos a personas analfabetas –no pueden redactar de su puño y letra un testamento ológrafo-, ancianos de riesgo⁴⁵, individuos fronterizos, marginales, vulnerables, entre otros seres que de hecho no están en condiciones de contratar, aunque puedan actuar en las relaciones de consumo. A modo de ejemplo, respecto del vicio de lesión, este vicio se presume cuando existe una desproporción notable en las prestaciones, y la persona afectada obró por necesidad, inexperiencia, o tiene una “debilidad psíquica”. Pero existen muchos problemas que no están contemplados; por ejemplo, la donación de bienes exige un cuidadoso análisis del “animus donandi”⁴⁶.

En cada contrato paritario, la voluntad individual manifestada válidamente, es el fundamento de la relación jurídica patrimonial a fin de satisfacer el interés de las partes contratantes. Ese acuerdo de voluntades sirve de fuente para las obligaciones asumidas, según lo estipulado en las cláusulas respectivas. El intérprete

⁴² ORGAZ Alfredo, “Personas individuales”, 2ª ed., edit. Assandri, Córdoba, 1961, págs. 161/166.

⁴³ El art. 288 del Código Civil y Comercial dispone: “La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo”.

⁴⁴ Véase art. 1725 “in fine” del Cód. Civil y Comercial que reproduce el art. 909 del Cód. Civil (ley 340).

⁴⁵ En cuanto a los ancianos se refiere, se debe tener en cuenta que paulatinamente pierden lucidez, deteriorándose su percepción de los fenómenos externos, especialmente los económicos, a lo que se suma un creciente agotamiento físico e intelectual. La ley 26.657 de salud mental sancionada el año 2010 dice en su art. 5º que la existencia de diagnóstico no autoriza a presumir la incapacidad.

⁴⁶ Véase Código Civil y Comercial arts. 1548 y 1549. No prohíbe la donación manual a favor de un incapaz.



debe ir más allá a fin de analizar la voluntad interna de cada contratante, a nivel de su psiquis, para decidir si fue respetada al cumplir las prestaciones objeto del contrato. Existe en la doctrina discrepancia sobre si prevalece la voluntad declarada respecto de la voluntad interna, en caso de duda corresponde ocurrir a la psicología para establecer lo querido por la parte⁴⁷. Siempre subyace una cuestión de índole psicológica para explicar la razón de ser lo acordado.

2.- Intención. Este elemento se relaciona con la finalidad del contrato, el sentido ético y lógico del acto voluntario de cada parte. Un ámbito donde acontece el fenómeno psíquico de los contratantes, en la intimidad de sus conciencias⁴⁸. Resultado del análisis a emprender por el juez, permite determinar si medió un vicio en el consentimiento y si no se burlo el orden público y las buenas costumbres. Se trata de asociar la causalidad con la finalidad del acto.

En el fondo se plantea la buena fe con que actúa cada parte, la confianza recíproca y la lealtad negocial, tema que excede a esta comunicación⁴⁹.

3.- Libertad. El presupuesto que condiciona la validez de cualquier acto es que el sujeto lo manifieste sin sufrir ninguna coacción física o psíquica. Un atributo de la persona es el “status libertatis”, cuya vida jurídica está basada en la voluntad. Páginas brillantes han sido dedicadas a este tema por numerosos escritores, a quienes es ocioso citar en esta ocasión. Un enunciado del jurista romano Florentino permite conocer su significado jurídico: “Libertas est naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi si quid vi, aut iure prohibetur”⁵⁰.

Más en los tiempos que corren, no es tan sencillo como se puede pensar, cuando se experimentan medidas adoptadas en la defensa del orden público. Una vez que el Estado declara la emergencia económica, es evidente que esa declaración compromete la libertad para celebrar determinados contratos. Abundan los cuestionamientos a dichas medidas del punto de vista constitucional. Resulta ser imposible entrar en el detalle y en los casos de jurisprudencia donde se ventilaron durante el siglo XX, en virtud de las dos guerras mundiales y el “crack” de “Wall Street”.

⁴⁷ SALEILLES Raymond, op. cit. pág. 229 dice respecto del art. 133 del B.G.B. que en la interpretación hay que indagar la voluntad real sin atenerse al sentido literal de la expresión. Véase PIÑÓN Benjamín Pablo, “El acto jurídico en el Código Civil Argentino luego de su reforma por el decreto-ley 17711/68”, en Revista del Notariado, Buenos Aires, 1975, n° 744, donde planteó el problema de la coincidencia entre la voluntad interna y la manifestación externa de esa voluntad. GASTALDI José María, “Régimen del consentimiento”, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, “Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil”, Córdoba, 2009, tomo II, págs. 1006/1007.

⁴⁸ Véase el Código Civil y Comercial art. 1781 sobre la gestión de negocios prohibida si media “intención de liberalidad”.

⁴⁹ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, “La bonne foi”, edit. Litec, París, 1994.

⁵⁰ “Libertad es la facultad natural de hacer lo que place a cada cual, salvo si algo se prohíbe por la fuerza o por la ley”. SALERNO Marcelo Urbano, “Libertad en el Código Civil”, EL Derecho tomo 83 pág. 793. ORGAZ Alfredo, op. cit. págs. 137/144. GASTALDI José María, “Contratos”, volumen I, edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, págs. 65 a 85.



En definitiva, es necesario investigar las políticas implementadas para domesticar la economía por sucesivos gobiernos en distintos períodos. Esa investigación frecuentemente se hallará como idea rectora que la iniciativa particular debe ceder paso al bien común. Este elemento clave del contrato se encuentra limitado cuando se presentan situaciones y coyunturas que obstan promover el bienestar general declarado en el Preámbulo de la Constitución.

Distinto se presenta esta cuestión si la voluntad es manifestada por adhesión a las cláusulas predispuestas unilateralmente por la otra parte. En este caso quien prestase su consentimiento por esa vía las cláusulas ambiguas serán interpretadas a favor de la parte predisponente⁵¹. De ese modo es que el legislador regula una forma de contratación iniciada a comienzos del siglo pasado, que incluye a los medios de la telefonía y la electrónica, vale decir, a todos los instrumentos empleados con la moderna tecnología. Otro es el problema de la contratación de servicios públicos, aún los prestados por empresas privadas, que suelen corresponder a la energía eléctrica, el agua, el gas, y los transportes, ya que pertenecen a la órbita del derecho administrativo. Esto responde a la teoría que se trata de contratos forzosos para los usuarios, pues carecen de opciones para cubrir ciertas necesidades básicas.

En definitiva, es necesario investigar las políticas implementadas para domesticar la economía por sucesivos gobiernos en distintos períodos. Esa investigación frecuentemente hallará como idea rectora que la iniciativa individual debe ceder paso al bien común. De manera el elemento clave del contrato se encuentra limitado cuando se presentan situaciones y coyunturas que comprometen el bienestar general.

⁵¹MARTÍNEZ RUIZ Roberto, “Contratos por adhesión”, en “Contratos. Homenaje a Marco Aurelio Risolía ...”, cit. págs. 183/198.