7a. Universidad del Notariado Mundial
Jean-Paul Decorps
ROMA – 2/6 DE JULIO DE 2018

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Síntesis de los trabajos
Thierry VACHON – Director científico

El tema elegido por la Unión para esta legislatura como hilo conductor del trabajo de nuestra universidad es el de la autonomía de la voluntad, cuyo estudio se desarrollará por tanto a lo largo de este año y el año que viene.

Perfecto ejemplo de las corrientes de ideas que forjan las tradiciones jurídicas, este concepto tiene su origen en la reflexión filosófica y constituye uno de los ejemplos concretos de la *Filosofía de la Ilustración*, surgida en el siglo XVII, antes de ser impulsada en gran medida por los filósofos franceses del siglo siguiente.

Esta corriente de pensamiento, como todos ustedes saben, incluyó asimismo en gran medida a los padres fundadores de la independencia de los Estados Unidos, a la vez que desembocó en 1789 en la Revolución Francesa y luego, unos años más tarde, inspiró ampliamente uno de los primeros grandes "códigos civiles", conocido como el Código de Napoleón.
Los grandes conceptos que propone esta filosofía siguen gobernando todavía hoy gran parte de nuestras sociedades occidentales, y hallan amplio eco incluso en la definición de los derechos humanos a escala mundial.

Michel Grimaldi nos ha recordado brevemente sus principios más importantes: la noción de individualidad, los principios de los derechos naturales y sacrosantos de autodeterminación del hombre, de libertad individual o incluso el del contrato social, que aparecen como los elementos centrales e intangibles de toda reflexión.

En el ámbito del Derecho, estas ideas filosóficas han contribuido en gran medida a desarrollar el concepto que aquí nos ocupa de autonomía de la voluntad a través de algunos grandes principios fundamentales:

- La existencia de unos derechos humanos naturales que tienen que proteger al individuo e imponerse al legislador; las declaraciones universales de los derechos humanos, como las

que se adoptaron desde la independencia de los Estados Unidos, la Revolución Francesa o la fundación de las Naciones Unidas, son pruebas reales de su aplicación;

- El concepto de contrato social, que le propone al individuo que acepte los límites necesarios para vivir dentro de una comunidad, pero consintiendo él mismo y de forma iluminada a los limites necesarios de sus libertades individuales;
- La importancia de la voluntad del hombre, que es el componente esencial de su consentimiento o negativa a formalizar un contrato;
- La omnipotencia de esta voluntad, que en la mayoría de los casos será suficiente por sí sola para formalizar el contrato, que entonces se considerará como una auténtica ley privada que se impondrá con rigor a las partes; y aquí es donde aparece el principio del consenso, que hoy en día sigue estando muy extendido en nuestros sistemas jurídicos de tradición continental.

Entonces nos damos cuenta de inmediato de una cosa: en realidad, el principio de autonomía de la voluntad invade todos los campos del derecho civil, pero con soluciones o límites que no son en absoluto inamovibles.

Efectivamente, como todos los conceptos filosóficos transversales, la influencia de este principio en nuestras legislaciones ha tenido distintas suertes, impregnando profundamente algunas ramas de nuestros derechos o, por el contrario, permaneciendo muy limitada, o incluso ignorada, en algunas otras.

A partir de finales de los años sesenta, y ahora cada vez más rápidamente, nuestras sociedades están experimentando cambios en los que hemos comprobado juntos que la autonomía de la voluntad ha sido a menudo un concepto central, por no decir un poderoso motor, de las reformas legislativas que se han llevado a cabo para traducir estos cambios sociales.

Desde entonces, para nosotros los notarios, juristas de proximidad al servicio de nuestros conciudadanos, pero también funcionarios encargados de desempeñar una misión de servicio público, la elección de este tema de estudio para los trabajos de nuestra universidad era obvia por lo mucho que afecta a tantos sectores de nuestra actividad diaria.

El aumento de las libertades individuales, el reconocimiento de los derechos de las minorías o incluso el declive del papel de los estados, son todas razones que le otorgan a la autonomía de la voluntad una importancia creciente en nuestro mundo contemporáneo.

A lo largo de estos cuatro días, nuestros debates nos han proporcionado numerosos ejemplos de estos cambios, y por tanto me parece lo más natural empezar, en primer lugar, resumiéndolos brevemente ilustrándolos con algunos ejemplos.

Pero estos mismos debates también nos han permitido destacar las cada vez mayores libertades otorgadas a los individuos, fuente de decisiones y opciones cada día más numerosas, para las que nuestros conciudadanos necesitan ciertamente ayuda, pero también protección, sin lugar a dudas.
Por tanto, más adelante voy a intentar resaltar las razones por las que nuestra función de notarios me parece especialmente adecuada para acompañar los profundos cambios jurídicos de nuestras sociedades.

I - Cambios en el perímetro de la autonomía de la voluntad

Empecemos, pues, recordando los cambios que ha sufrido el perímetro de la autonomía.

En realidad yo hablo de cambios, pero como habrán Vds. observado durante nuestros debates, debería hablar más bien de incremento del perímetro de la autonomía de la voluntad.

Para intentar clasificar estas ampliaciones, quisiera proponerles que abordáramos en primer lugar las más obvias, que yo calificaría como ampliaciones directas en la medida en que se tratará de cambios en la legislación que autorizan nuevas libertades o suprimen prohibiciones, antes de mencionar las ampliaciones indirectas, que serán las derivadas de cambios en nuestra organización jurídica, o de la apertura de nuestros sistemas nacionales a la aplicación de derechos extranjeros.

A – Los cambios directos

Como acabo de decir, ciertas ampliaciones del campo de la autonomía de la voluntad derivan directamente de nuevas legislaciones que traducen en nuestros derechos positivos los cambios de nuestras sociedades.
De nuestros debates de esta semana voy a tomar algunos ejemplos relacionados con libertades recientemente concedidas o conquistadas, y luego algunos ejemplos ligados a la desaparición de prohibiciones.

1 – La ampliación de las libertades individuales

Para empezar por los cambios más significativos, quisiera recordar, del día dirigido por Christina Armella :

Ante todo, los cambios relacionados con todas las formas de pareja, así como la libertad cada vez mayor de organizar la vida en pareja (hablamos de parejas de hecho, convivencias registradas y matrimonio) y de los cambios de la noción misma de "pareja", ya que cada vez hay más legislaciones que reconocen a las parejas homosexuales, como mínimo mediante convivencias registradas, pero también a menudo ofreciéndoles la posibilidad del matrimonio; incluso hemos observado que ciertas legislaciones contemplan formas de convivencia entre tres o cuatro personas...

Pero también quisiera mencionar una ampliación aún más revolucionaria: la que le permite al individuo elegir el género al que desea pertenecer, y nuestros debates sobre el cambio de sexo fueron absolutamente apasionantes en lo que a esta pregunta se refiere.

Y por supuesto tengo que incluir aquí las nuevas libertades en torno a la reproducción, tanto si se trata de la reproducción asistida como de la maternidad subrogada.

Sin embargo, cabe destacar una observación: estos cambios afectan a unos países en los que hoy en día las legislaciones evolucionan de forma totalmente independiente con respecto a las creencias religiosas de los ciudadanos.
Es obvio que este no es el caso en los países en que la religión todavía tiene una influencia dominante en la organización de la familia y en el derecho de las personas.

Para analizar asimismo los cambios relacionados con la prolongación de la duración de la vida y las dificultades ligadas a la edad, de los trabajos del primer día, dirigidos por Christine MORIN, quisiera mencionar el reconocimiento cada vez mayor de los efectos de la voluntad en la organización del final de la vida, tanto si se trata:

- de organizar por adelantado la propia incapacidad jurídica,
- rechazar la atención médica,
- rechazar el ensañamiento terapéutico,

- o bien de la eutanasia, vista según los casos como una interrupción de los tratamientos o como un verdadero suicidio asistido.

2 – La disminución de las prohibiciones– Reducción del Orden Público

Ilustraré esta otra corriente de liberalización a través de los trabajos del tercer día, dirigidos por Michel GRIMALDI, y tomaré los siguientes ejemplos:

- nuestros apasionantes debates sobre la reserva hereditaria, cada vez más controvertida en la actualidad, especialmente bajo la influencia del derecho de *Common Law*;

- la conclusión a la que llegamos juntos de que nuestras sociedades parecen querer privilegiar cada vez más la voluntad del difunto para la devolución de su patrimonio *mortis causa*;

- la disminución de las prohibiciones del pacto sucesorio (particularmente atributivo), que parece contar con los favores de varias legislaciones para permitir, a través de acuerdos familiares, la liquidación anticipada de las sucesiones; aquí también parece que hay que privilegiar la voluntad del difunto en algunos casos para decidir el destino de sus bienes a través de varias generaciones.

B – Los cambios indirectos

Al margen de estos cambios indirectos de las limitaciones de la libertad individual, el incremento del papel de la autonomía de la voluntad en nuestros derechos también puede observarse a través de dos corrientes de cambios que afectan a nuestros países: por una parte, la disminución de la participación directa del Estado y por otra, la globalización.

1 - La disminución de la presencia directa del Estado: desjudicialización / contractualización

En muchos de nuestros países hemos podido comprobar que los Estados, y con ello me refiero a los poderes públicos, se cuestionan su papel exacto en nuestras sociedades modernas y se plantean cuál es su grado de participación en una serie de sectores del Derecho.

Voy a ilustrar aquí esta corriente a través de dos ejemplos que se citaron el segundo día:

En primer lugar el del matrimonio, constatando que ya hay varios países que permiten que lo celebre directamente el notario, cuyo papel, ligado tradicionalmente a la elección del régimen matrimonial, ha hallado para el legislador una extensión natural a la celebración de esta unión.
Al notario, por su estatuto, se le considera aquí como una alternativa al funcionario público tradicionalmente encargado por el Estado de celebrar las uniones, y después de todo esta alternativa resulta particularmente adecuada, dado que en muchos países el notario ya se encarga de autenticar las convivencias registradas, consideradas a menudo como sustitutos del matrimonio.

Para seguir, quisiera mencionar desde luego el ejemplo del divorcio, para el que muchos países han decidido sustituir al juez por el notario, al menos en aquellos casos en que la separación de los esposos se realiza de mutuo acuerdo y con pleno acuerdo sobre las consecuencias de la separación.

En estos supuestos (matrimonio y divorcio), estos cambios legislativos reflejan claramente un movimiento de "contractualización" de las relaciones dentro de la pareja; el matrimonio ya no es asunto del funcionario del Registro Civil, y el divorcio de mutuo acuerdo ya no es asunto del juez;

estas dos instituciones son una simple cuestión de contrato entre los cónyuges, un contrato que, sin embargo, no será del todo corriente porque, debido a estos efectos (con respecto a los esposos y a terceros), siempre será necesaria la intervención de un funcionario público (el notario).

2 – La globalización y la aplicación de derechos extranjeros

La globalización de los intercambios económicos y la creciente movilidad de las personas están construyendo día tras día un mundo cada vez más globalizado. La existencia de una economía mundial gobernada a escala planetaria es ya una certeza. Sin embargo, aún falta mucho para completar la necesaria armonización de nuestros derechos para hacer frente a esta globalización, y de momento está aumentando la complejidad de las situaciones jurídicas.

No obstante, no estamos completamente desnudos en medio de un desierto: ya existen convenciones internacionales y hay otras en vías de preparación, especialmente por la Conferencia de La Haya. En la Unión Europea se han elaborado normativas específicas para una aplicación uniforme en todo su territorio, y a nivel de las Naciones Unidas UNICITRAL trabaja para unificar los derechos relativos a la actividad económica.

Un elemento fundamental presente en muchas de estas convenciones es el lugar importante que se le otorga a la autonomía de la voluntad; de hecho, muchos de estos acuerdos internacionales se han concebido a menudo para permitir la circulación y el reconocimiento de los derechos a través de una normalización de las posibles opciones, una normalización de las formas de expresión de la voluntad y la puesta en práctica de soluciones suplementarias a falta de decisiones expresadas por las personas interesadas.

Pero, y para terminar la primera parte de esta breve síntesis y el inventario de los cambios recientes del papel de la autonomía de la voluntad en nuestros derechos, quisiera mencionar otro gran principio jurídico al que le tenemos mucho apego, según el cual siempre hay una excepción que confirma la regla, y frente al movimiento general de fortalecimiento del papel de la voluntad en la celebración de contratos, cabe destacar una excepción notable: la de las reglas promulgadas para proteger al consumidor.

Estas reglas nos han sido ilustradas hoy mismo, en esta cuarta jornada dedicada al derecho patrimonial, durante la cual Luc Weyts nos ha presentado los distintos mecanismos que limitan la eficacia inmediata de la voluntad, como el período de reflexión o el derecho de retractación.
En ciertos casos, el consentimiento expresado por el individuo solo puede considerarse válido una vez transcurrido un período obligatorio de reflexión durante el cual su voluntad carecerá de efecto.
En otros casos, el consentimiento dado tendrá efecto de inmediato, pero podrá ser retirado de manera unilateral por su autor, privándolo entonces de cualquier efecto.

II - Un papel reforzado para el notario

Termino así esta panorámica, y a guisa de conclusión de nuestros trabajos quisiera sacar también otra enseñanza, que estará más directamente relacionada con nuestra función de notarios, frente a la autonomía de la voluntad.

Voy a mencionar dicha enseñanza tras recordar la conclusión a la que llegamos juntos.

A – Una conclusión muy sencilla: Más libertades = Más responsabilidades

Es una conclusión muy sencilla: el desarrollo de la autonomía de la voluntad exige que el ciudadano tome cada vez más decisiones, a menudo mediante contratos que tendrá que firmar con terceros, y que asuma entonces todas las responsabilidades que deriven de los mismos.

Se trata tanto de nuevas posibilidades de elección - y no voy a volver a mencionar las que se plantean en materia de defunción o de género - como de la introducción de nuevos contratos destinados a sustituir documentos administrativos o sentencias, ni voy a volver a hablar de la contractualización del divorcio sin juez.

El ciudadano se encuentra cada vez más a menudo solo frente a estas decisiones y estos contratos, y tendrá que plantearse el alcance y las consecuencias de sus decisiones. Una vez tomadas, va a tener que asegurar su ejecución; el papel del notario resulta aquí tan natural como indispensable.

B - Un papel perfectamente adecuado a estas nuevas necesidades

De hecho, la función del notario le convierte en el interlocutor privilegiado del ciudadano frente a sus elecciones o decisiones:

- El notario conoce la ley, su papel consiste en explicársela al ciudadano e informarle sobre el alcance de las posibles opciones y las consecuencias que conllevarán. A este respecto, no cabe duda de que probablemente el cometido de asesor del notario será en el futuro el papel esencial de su función para el ciudadano;
- El notario también es imparcial, y esta cualidad es indispensable en los contratos en derecho de familia, cada vez más numerosos, especialmente cuando su intervención reemplaza a la del juez. Esta imparcialidad, entendida en un sentido amplio, será también el instrumento de protección adecuado cuando haya que corregir a veces situaciones de desequilibrio que pueden darse en la celebración de un contrato, por ejemplo en presencia de una parte más vulnerable que la otra.

Pero su función también le convierte en un interlocutor indispensable:

- El notario garantiza la seguridad de los contratos o documentos que escritura, y no voy a volver a citar aquí todas las innegables virtudes ligadas a la escritura notarial, sobre la seguridad jurídica que dicho documento les confiere a los acuerdos así oficializados, y la mejor circulación internacional de este documento (especialmente dentro de la Unión Europea);
- El notario, con su intervención, controla la legalidad de los contratos o de los documentos celebrados y, al actuar como funcionario púbico, posee toda la autoridad necesaria para que dichos documentos produzcan los efectos más amplios y sean recibidos y registrados en todos los registros públicos sin más controles.

Una sola frase más para poner colofón a mi discurso de esta noche:
El notario es y será el garante y protector indispensable del ciudadano y del Estado frente al desarrollo de la autonomía de la voluntad.

… Nuestros debates continuarán el año que viene en Buenos Aires, y sobre todo nos veremos todos en Yakarta para escuchar nuestras conclusiones finales …