



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Ciencias del Derecho

Memoria de prueba

**ANÁLISIS COMPARADO DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA
VOLUNTAD ENTRE LA ÉTICA KANTIANA Y EL DERECHO**

Tesis para optar al grado

De Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

JAIME ANDRÉS VALLADARES VARGAS

**Profesor Guía: Fernando Quintana Bravo
Santiago, Chile
2015**

TABLA DE CONTENIDO

Portada. **1.**

Tabla de Contenido. **2.**

Agradecimientos. **5.**

Introducción. **6.**

CAPITULO I

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA ÉTICA KANTIANA. 9.

1.i. Marco teórico. **9.**

1.ii. Hacia un concepto de voluntad. **11.**

1.iii. Máximas e imperativos. **15.**

1.iv. La Autonomía. **25.**

1.v. La Libertad. **30.**

CAPITULO II

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO PRIVADO. 33.

2.i. Marco teórico. **33.**

2.ii. La voluntad como fenómeno histórico y político. **36.**

2.iii. La libertad jurídica. **43**

2.iv. El acto jurídico. **46.**

2.v. La voluntad jurídica. **53.**

2.vi. El principio jurídico de la autonomía de la voluntad. **60.**

a.- Conceptos generales. **60.**

b.- Consecuencias del principio de la autonomía de la voluntad y sus distintas manifestaciones dentro del derecho privado. **63.**

c.- Límites al principio de la autonomía de la voluntad. **74.**

CAPITULO III

CONSIDERACIONES FINALES EN TORNO AL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. 80.

3.i. La aparente dualidad del principio de la autonomía de la voluntad. **80.**

3.ii. Del paso de la autonomía de la voluntad desde la ética kantiana al derecho. **89.**

3.iii. La autonomía de la voluntad hoy. **94**

Conclusiones. **100.**

Bibliografía. **102.**

“Men at some time are masters of their fates.

The fault, dear Brutus, is not in our stars

But in ourselves”

(Los hombres algunas veces son los amos de su destino.

La culpa, querido Brutus, no es de nuestras estrellas

Sino de nosotros mismos)

- William Shakespeare, ‘Julius Caesar’, (Act. I. Esc. 2)

“Y así se cierra la crónica exterior del acontecimiento y se abre la interior. Sin embargo, no cederé al psicologismo de tipo intimista: a partir de ahora, mi historia interior es la Historia, la historia de la Humanidad. A partir de ahora, yo soy la Humanidad, yo soy la Sociedad”

- Guido Morselli, ‘Dissipatio humani generis’

Agradecimientos

Quiero en primer lugar agradecer a María Elena Vargas y Juan Valladares, mis padres, quienes con una inconmensurable capacidad de entrega han sido el pilar fundamental durante todo este proceso y, aún más, durante todo el trayecto educativo que he recorrido hasta hoy. Les estoy eternamente agradecido por su formación en base a principios, amor y humildad.

En segundo lugar, quiero agradecer al profesor Fernando Quintana Bravo, quién con sus conocimientos y erudición, ha sido el impulsor de mi interés por el vasto mundo de la filosofía moral, que me ha permitido apreciar el derecho desde otras aristas. Espero seguir cultivando su estudio a través del tiempo y, descubrir en cada autor, ese universo de ideas que mantiene la mente viva. Como bien le escribió Epicuro a Meneceo, “que nadie, por joven, tarde en filosofar, ni, por viejo de filosofar se canse. Pues para nadie es demasiado pronto ni demasiado tarde en lo que atañe a la salud del alma”.

Por último, agradecer a todos y cada uno de los funcionarios de la biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, por su sincera cordialidad e increíble disposición en todo momento; y a mis cercanos e incondicionales pilares del día a día, Rosita Q., Pedro V. y Mauricio A.

Introducción

Uno de los principios fundamentales del derecho privado nacional, es el principio de la autonomía de la voluntad, en cuya virtud el individuo es libre para contraer obligaciones, regular el contenido de las mismas e, incluso, renunciar a todos aquellos derechos establecidos en su beneficio y siempre que dicha renuncia no esté prohibida por la ley. Sin embargo, la formulación del principio de la autonomía de la voluntad no es creación del intelecto jurídico, sino más bien, una reinterpretación y adaptación del pensamiento y obra del filósofo alemán Immanuel Kant.

Con motivo de las revoluciones liberales que tuvieron lugar a fines del siglo XVIII, imbuidas directamente por la corriente filosófica racionalista, se produce un fenómeno de reafirmación del individuo en base a los conceptos de libertad e igualdad. Kant para ese entonces ya había escrito una de sus obras culmines, la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1785), proponiendo un sistema moral aplicable a todos los seres racionales; señalando a la humanidad como un fin en sí misma y dotando al hombre de un atributo esencial, la dignidad.

Así las cosas, se comienzan a edificar cuerpos legales acordes al sentir histórico, proceso que culmina con la proclamación de la Declaración de los

Derechos del Hombre y del Ciudadano en el año 1789, y posteriormente con la promulgación del Código Civil francés (*Code*) en el año 1804.

El principio de la autonomía de la voluntad, eje central del sistema moral propuesto en la ética kantiana, comienza a ser extrapolado al derecho privado, adquiriendo a través de los años el status de principio jurídico.

La moral y el derecho, sin embargo, avanzan por caminos paralelos. Es así como los efectos de la aplicación práctica del principio tiene, y necesariamente debe tener, alcances diversos, tanto en materia moral como jurídica.

En el primer capítulo de este trabajo haré una exposición sintética del principio de la autonomía de la voluntad en la ética kantiana, esto es, desde su perspectiva moral. En el segundo capítulo me internaré en la construcción jurídica del principio y su posterior consagración en el derecho privado nacional. Concluiré en el tercer capítulo con algunas consideraciones finales y críticas del principio en cuanto a su evolución desde la filosofía al derecho actual.

Es necesaria una revisión del principio de la autonomía de la voluntad desde su fuente primigenia en la ética kantiana, hasta su posterior desarrollo en el derecho, que condense de forma didáctica el estudio del principio en sus dos dimensiones, toda vez que permitirá una mejor comprensión a los estudiantes

del que es, sin lugar a dudas, uno de los principios más recurrentes de la literatura jurídica nacional.

I. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA ÉTICA KANTIANA

“Dos cosas llenan el ánimo de admiración y respeto, siempre nuevos y crecientes, cuanto con más frecuencia y aplicación se ocupa de ellas la reflexión: el cielo estrellado sobre mí y la ley moral en mí”

– Immanuel Kant¹

i. Marco teórico

En el año 1785, se publica la primera edición de la Fundamentación de la metafísica de las costumbres (*Grundlegung zur metaphysik der sitte*). En esta obra, Kant propone la factibilidad de un sistema moral *a priori*, esto es, un sistema no fundamentado en principios de la experiencia, sino en la razón practica misma. Este sistema moral tendría la ventaja de ser aplicable a todos y cada uno de los seres racionales, considerando a los individuos como fines en sí mismos y capaces de autolegislarse moralmente. La fundamentación, nos

¹ KANT, Immanuel. Crítica a la razón práctica. Traducción de Manuel García Morente. Conclusión. Salamanca, editorial Sígueme, 2002. Pág. 197.

dice Kant, “no es más que la investigación y el establecimiento del principio supremo de la moralidad”².

Uno de los elementos claves para entender el sistema propuesto por Kant, es el principio de la autonomía de la voluntad, del que señala que es, en definitiva, el único principio de la moral³, y lo define como “el estado por el cual ésta – la voluntad – es una ley para sí misma, independientemente de cómo están constituidos los objetos del querer”⁴.

Para lograr una cabal comprensión del principio, cuya definición por lo pronto nos puede parecer vaga, debemos estudiar la fundamentación desde su comienzo, develando los conceptos que nos permitirán abordar de forma más asequible el tema propuesto.

² KANT, Immanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Traducción Luis Martínez de Velasco. Madrid, editorial Espasa, 2001. Pág. 50.

³ Op. Cit. Pág. 120.

⁴ Op.Cit. Pág. 119.

ii.- Hacia un concepto de voluntad

Voluntad, señala el diccionario de la Real Academia Española, es la facultad de decidir y ordenar la propia conducta (...) la intención, ánimo o resolución de hacer algo ⁵. A su vez, la palabra deriva del latín *voluntas*, cuyo verbo *volo* se define como querer o desear ⁶. Los primeros estudios significativos de la voluntad podemos encontrarlos en la ética Aristotélica. Mas no será sino hasta la llegada de Santo Tomás de Aquino, que influido directamente por la obra de Agustín de Hipona, donde el concepto de voluntad adquiera verdadera relevancia.

Mas, ¿en qué consiste la voluntad en la ética kantiana?. La voluntad, para Kant, no es otra cosa más que la razón práctica misma⁷. La define como “la facultad de no elegir nada más que lo que la razón reconoce como prácticamente necesario, es decir, como bueno, independientemente de la inclinación” ⁸. Y en la *Metafísica de las costumbres* complementa el concepto al establecer que “la voluntad es la facultad de desear, considerada, no tanto en relación con la acción (como el arbitrio), sino más bien en relación con el fundamento de

⁵ Diccionario de la Real Academia Española [En Línea] <http://lema.rae.es/drae/?val=voluntad> [Consulta: Martes 12 de Agosto de 2014]

⁶ Diccionario Esencial Latino-Español, editorial Larousse, 3^o edición. Págs. 514-515.

⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Traducción Luis Martínez de Velasco. Madrid, editorial Espasa, 2001. Pág. 80.

⁸ Op. Cit. Pág. 81

determinación del arbitrio a la acción, y no tiene ella misma propiamente ningún fundamento de determinación ante sí, sino que, en cuanto ella puede determinar el arbitrio, es la razón práctica misma”⁹. Distingue a su vez dos tipos de voluntad: la *voluntad santa*, que es aquella que dada “su constitución subjetiva, sólo acepta ser determinada por la representación del bien”¹⁰; y la *voluntad humana*, que es aquella voluntad imperfecta subjetivamente¹¹, dicho de otro modo, es la voluntad afecta a inclinaciones¹². Pues bien, sólo un ser racional posee una voluntad. Mas la voluntad humana puede estar afecta o influenciada por elementos externos de la razón, como es el caso de las inclinaciones o deseos subjetivos.

Esta separación entre voluntad santa y voluntad humana justifica precisamente la existencia de imperativos, mandatos emanados de la razón que representan una acción como necesaria, ya sea por sí misma (imperativo categórico), o como medio de consecución de otro fin (imperativo hipotético)¹³.

Lo que pretende resolver Kant, es que acciones están dotadas de moralidad y cuales no, dado que al ser la voluntad humana imperfecta, necesita un

⁹ KANT, Immanuel. *La Metafísica de las Costumbres*, Madrid, editorial Tecnos, 1999. Pág. 16.

¹⁰ Op. Cit. Pág 82.

¹¹ Op.Cit. Pág 83.

¹² Señala Kant a modo de nota, que la inclinación ‘es la dependencia en que la facultad de desear se halla con respecto a las sensaciones’. Se opone a la inclinación el concepto de deber. Op. Cit. Pág. 82.

¹³ *Ibídem*.

parámetro de ejercicio. Mas, debe existir una voluntad que sea buena por si misma, es decir, una voluntad basada en la sola razón con independencia de toda inclinación. Así es como al comenzar la Fundamentación nos dice que “ni en el mundo ni, en general, fuera de él, es posible pensar nada que pueda ser considerado bueno sin restricción excepto una buena voluntad”¹⁴. Esta voluntad buena es expresión y consecuencia de la racionalidad del individuo, dado que se “nos ha concedido la razón como facultad práctica, es decir, como una facultad que debe tener influjo sobre la voluntad, resulta que el destino verdadero de la razón tiene que ser el de producir una voluntad buena, no en tal o cual sentido, como medio, sino buena en sí misma”¹⁵. Para explicar en que consiste una voluntad buena introduce el concepto de *deber*, al que define como “la necesidad de una acción por respeto a la ley”¹⁶. Cuando Kant se refiere a ley, está, por cierto, refiriéndose a una ley de carácter moral, que constituirá un principio objetivo de actuación que pueda regir para todos los seres racionales, por tanto, un principio práctico de carácter general. Es el concepto mismo de deber que delimita la separación entre voluntad santa y humana: la primera no necesita sujeción a imperativos y por ende existe exclusión del ‘debe ser’, toda vez que la representación del querer coincide necesariamente con la ley. No así la voluntad humana, que como hemos visto, está influenciada por factores externos a la razón.

¹⁴ Op. Cit. Pág. 53.

¹⁵ Op. Cit. Pág. 57.

¹⁶ Op. Cit. Pág. 63.

Así las cosas, Kant distingue en torno al concepto de deber dos tipos de acciones: acciones *por deber* y acciones *conforme al deber*. Una acción hecha por deber, implica actuar con independencia de toda inclinación y deseo subjetivo del individuo, por respeto a una ley moral denominada imperativo ¹⁷. Para ilustrar nos propone el siguiente ejemplo: una persona se encuentra bajo las peores circunstancias y adversidades de la vida. Desea incluso la muerte para alivianar su desgracia y desaliento. Sin embargo, a pesar de todo, conserva su vida sólo por objeto del deber, es decir, por respeto a una ley moral autoimpuesta que ha sobrevivido a un proceso de universalización, como veremos luego. La acción del sujeto en este caso, tiene pleno valor moral ¹⁸.

Una acción por deber implica un sacrificio, en contraposición a una acción hecha conforme a deber, que implica actuar en atención a un fin particular, sea por una inclinación inmediata o no, con prescindencia de la ley moral. Conservar la vida nos dice Kant, “es un deber, y además todos tenemos una inmediata inclinación a hacerlo así. Mas, por eso mismo, el cuidado angustioso que la mayor parte de los hombres pone en ello no tiene un valor interno, y la

¹⁷ “(...) Kant thinks in acting from duty that we are not at all motivated by a prospective outcome or some other extrinsic feature of our conduct. We are motivated by the mere conformity of our will to law as such”. Stanford Encyclopedia of Philosophy [En línea] <http://plato.stanford.edu/entries/kant-moral/> [Consulta viernes 5 de septiembre de 2014]

¹⁸ KANT, Immanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Traducción Luis Martínez de Velasco. Madrid, editorial Espasa, 2001. Pág. 60.

máxima que rige ese cuidado carece de contenido moral”¹⁹. Los propósitos que se puedan tener al momento de ejecutar las acciones, no infunden a las mismas ningún valor moral. Otro ejemplo válido es el de la persona que está en la disyuntiva de mentir o decir la verdad, en este último caso, acarreado perjuicios para su honorabilidad. Para que la acción tenga un valor moral, el sujeto de este ejemplo se encuentra en la necesidad de obrar por deber, bajo el dominio de su propia voluntad, aunque ello se traduzca en un daño a su persona. Esta necesidad u obligatoriedad de la ley moral, tiene consistencia solo en la medida que entendamos que la misma es producto de la razón, con independencia de todo elemento empírico.

iii. Máximas e Imperativos

Actuar por deber, hemos señalado, es actuar por respeto a la ley. Este concepto de ley difiere sustancialmente del concepto normativo de la misma, toda vez que se está refiriendo a una expresión de la moralidad. Para entender el concepto de ley moral, antes debemos definir en que consiste la máxima. Señala Kant que la máxima “es el principio subjetivo del querer”²⁰. Jens Timmermann a su vez, nos dice que “las máximas son los principios subjetivos libremente elegidos o las intenciones más profundas de todas nuestras

¹⁹ Op. Cit. Págs. 59-60

²⁰ Nota de Kant. Op. Cit. Pág. 64.

acciones conscientes. Son, pues, expresiones de la postura que tomamos respecto a nuestros incentivos. Las máximas determinan el grado en el que libre y voluntariamente decidimos actuar sobre ellos, es decir, para perseguir los fines subjetivos que nuestros incentivos nos sugieren”²¹. Las máximas entonces, se presentan como las expresiones subjetivas de la voluntad mediante las cuales se conduce u orienta la conducta. Al ser múltiples, deben ser sometidas a un proceso de universalización mediante el cual se determinará la supervivencia de la misma²². Kant nos propone el ejemplo de la *promesa falsa*, en el que la máxima de conducta sería la siguiente:

Cada vez que me encuentre en un apuro haré una promesa con el propósito de no cumplirla.

²¹ “*Maxims are the freely chosen subjective principles or deeper intentions of all of our conscious actions. They are thus expressive of the stance we take towards our incentives. Maxims determine the extent to which we freely and willingly decide to act on them, that is, to pursue the subjective ends that our incentives suggest to us*”. TIMMERMANN, Jens. VIII, 2000. The Harvard Review Of Philosophy. Pág. 39. [En Línea] <http://www.harvardphilosophy.com/issues/2000/Timmermann.pdf> [Consulta martes 23 de septiembre de 2014].

²² “La regla del agente que el toma como principio por razones subjetivas, es su máxima, de ahí que, respecto a una misma ley, las máximas de los agentes puedan ser, sin embargo, muy diferentes”. KANT, Immanuel. *Metafísica de las costumbres*. Madrid, editorial Tecnos, 1999. Pág. 31.

Se pregunta Kant, “¿me daría yo por satisfecho si mi máxima (salir de apuros por medio de una promesa mentirosa) debiese valer, tanto para los demás como para mí, como ley universal?”²³. Luego responde, “bien puedo querer la mentira, pero no puedo querer, sin embargo, una ley universal de mentir, pues, según esa ley, no habría ninguna promesa propiamente hablando”²⁴. La máxima, en este caso, se destruiría a si misma en una evidente contradicción.

Como deja en evidencia Christine Korsgaard, “dado que la voluntad es la razón práctica, y puesto que todo el mundo debe llegar a las mismas conclusiones en materia de deber, no puede ser el caso de que lo deseado sea un asunto de gusto personal, o esté en relación a deseos individuales. Más bien el asunto de qué es lo que puedes querer es un asunto de que es lo que puedes querer sin contradicción.”²⁵.

Bajo el mismo supuesto escribe Thomas Hill al señalar que “nuestras máximas deben reunir dos requisitos. El primero, es que debemos concebir nuestras

²³ KANT, Immanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Traducción Luis Martínez de Velasco. Madrid, editorial Espasa, 2001. Pág. 67.

²⁴ Ibídem.

²⁵ “Since the will is practical reason, and since everyone must arrive at the same conclusions in matters of duty, it cannot be the case that what you are able to will is a matter of personal taste, or relative to your individual desires. Rather, the question of what you can will is a question of what you can will without contradiction”. KORSGAARD, Christine M. 1985. Kant's formula of universal law. Pacific Philosophical Quarterly 66, Pág. 1 [En Línea] <http://dash.harvard.edu/handle/1/3201869> [Consulta martes 23 de septiembre de 2014]

máximas como leyes universales sin contradicción. Si no podemos, es entonces errado actuar de acuerdo a esa máxima. Si podemos concebir nuestra máxima como ley universal sin contradicción, aun debemos preguntarnos si podemos querer nuestra máxima como ley universal. Las máximas que cumplan los dos requisitos son permisibles para actuar según ellas”²⁶

Por esta razón Kant nos propone preguntarnos ante una máxima, si podemos querer que ésta se convierta en ley universal²⁷.

Ahora bien, si la máxima es el principio subjetivo del querer, la ley practica constituye el principio objetivo del mismo, que será válido universalmente para todos los seres racionales. La formulación de este principio objetivo, que contiene un mandato, se conoce con el nombre de Imperativo. Define Kant imperativo, como “una regla práctica, por medio de la cual se hace necesaria una acción en sí contingente”²⁸. Señala que “todos los imperativos se expresan por medio de un *debe ser* y muestran así la relación de una ley objetiva de la

²⁶ “our maxims must meet two requirements. The first is that we must be able to conceive our Maxim as a universal law without contradiction. If we cannot, then it is wrong to act on the maxim. If we can conceive our Maxim as a universal law without contradiction, we must then still ask whether we can will our Maxim as a universal law. Maxims that satisfy both requirements are supposed to be permissible to act on”. HILL, Thomas, *The Oxford Handbook of Ethical Theory*, Oxford University Press, 2006. Pág. 483.

²⁷ Es lo que en definitiva da lugar a la primera formulación del imperativo categórico.

²⁸ KANT, Immanuel. *Metafísica de las costumbres*. Madrid, editorial Tecnos, 1999. Pág. 28.

razón con una voluntad que, por su constitución subjetiva, no es determinada por tal ley”²⁹. Los imperativos ordenan la realización de una conducta determinada toda vez que en ellos se contiene un mandato. Thomas Hill nos dice que “un imperativo, en la terminología técnica de Kant, expresa un principio objetivo como restricción sobre las personas imperfectamente racionales”³⁰. Si representa “la necesidad practica de una acción posible como medio de conseguir otra cosa que se quiere”³¹, el imperativo será hipotético. En cambio, si representa “una acción por sí misma como objetivamente necesaria, sin referencia a ningún otro fin”³², el imperativo será categórico. Los imperativos son, entonces, formulas que determinan la acción necesaria conforme a la voluntad.

El imperativo categórico debe ser entendido en su intrínseca relación con las máximas. Será este en definitiva el que servirá de pauta para confrontar las mismas y determinar el carácter de reprobable o no de estas. La acción que ordena el imperativo categórico como hemos visto, es de carácter incondicionada. Se extrae así el concepto de obligación, que como señala Kant,

²⁹ KANT, Immanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres.

Traducción Luis Martínez de Velasco. Madrid, editorial Espasa, 2001. Pág. 81.

³⁰ “An imperative, in Kant’s technical terminology, expresses an objective principle as a constraint on imperfectly rational persons”. HILL, Thomas, The Oxford Handbook of Ethical Theory, Oxford University Press, 2006. Pág. 482.

³¹ Op. Cit. Pág. 83.

³² Ibídem.

“es la necesidad de una acción libre bajo el imperativo categórico de la razón”³³
o, como bien indica Timmermann, “nosotros tenemos la capacidad radical de elegir libremente los principios de nuestra acción. En consecuencia, tenemos la *obligación* de escoger invariablemente bien”³⁴

El imperativo categórico consta a su vez de tres formulaciones. La primera formulación nos dice:

- a) “Obra sólo según aquella máxima que puedas querer que se convierta, al mismo tiempo, en ley universal”³⁵

Hemos visto con anterioridad al referirnos al concepto de máxima, que para determinar la validez de la misma, esta debe ser sometida a un proceso de universalización, confrontando los principios subjetivos de la voluntad con la ley moral en ausencia de contradicciones.

³³ KANT, Immanuel. *Metafísica de las costumbres*. Madrid, editorial Tecnos, 1999. Pág. 28.

³⁴ “We have the radical capacity freely to choose the principles of our action. Consequently, we have the obligation to get them invariably right”. TIMMERMANN, Jens. VIII, 2000. *The Harvard Review Of Philosophy*. Pág. 41. [En Línea] <http://www.harvardphilosophy.com/issues/2000/Timmermann.pdf> [Consulta miércoles 22 de octubre de 2014].

³⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Traducción Luis Martínez de Velasco. Madrid, editorial Espasa, 2001. Pág. 92.

La obligación o necesidad de adecuar la máxima al mandato del imperativo, es autoimpuesta por el individuo voluntariamente³⁶ en atención a su carácter de agente racional. Así es como en el ejemplo de la promesa falsa yo no puedo querer que dicha máxima (la de mentir cada vez que me encuentre en un apuro) se convierta en una ley práctica que rija a todos los seres racionales, toda vez que la institución de las promesas perdería sentido y se desmoronaría. Lo que le interesa en definitiva a Kant con la formulación del imperativo categórico, es lograr un sistema moral en virtud del cual todos los seres racionales puedan regirse a la vez que legislar³⁷. La universalidad está dada por la necesidad en que se encuentran los agentes racionales de actuar por deber y concordar las máximas con el mandato impuesto por imperativo categórico³⁸. Yo no debo obrar nunca más que de modo que pueda querer que mi máxima, se convierta en una ley moral de carácter universal. Así las cosas, “cualquier máxima que no pueda ser consistentemente seguida por todos, o no pueda ser consistentemente deseada como una que todos debiesen seguir, no

³⁶ “La voluntad es pensada como la facultad de determinarse uno a sí mismo a obrar conforme a la representación de ciertas leyes”. Op. Cit. Pág. 101.

³⁷ “Hay que poder querer que una máxima de nuestra acción se convierta en ley universal: tal es, en general, el canon de enjuiciamiento moral de la misma”. Op. Cit. Pág. 96.

³⁸ “(...) debes considerar tus acciones primero desde su principio subjetivo: pero puedes reconocer si ese principio puede ser también objetivamente válido sólo en lo siguiente: en que, sometido por tu razón a la prueba de pensarte por medio de él a la vez como universalmente legislador, se cualifique para una tal legislación universal”. KANT, Immanuel. *Metafísica de las costumbres*. Madrid, editorial Tecnos, 1999. Pág. 32.

es racionalmente aceptable”³⁹. Solo mediante la aplicación de esta fórmula categórica, es decir, incondicionada, alcanzaremos la idea de una legislación de carácter universal. Nos dice Kant, refiriéndose a la primera formulación del imperativo categórico, que “es la única condición bajo la cual una voluntad no puede estar nunca en contradicción consigo misma”⁴⁰.

La segunda formulación del imperativo categórico establece:

- b) “Obra de tal modo que te relaciones con la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como un fin, y nunca sólo como un medio”⁴¹.

La naturaleza racional del ser humano, que le permite decidir por sí mismo de manera libre, le confiere un atributo esencial: la dignidad. Señala Kant que “los seres racionales se llaman personas porque su naturaleza los distingue como fines en sí mismos, o sea, como algo que no puede ser usado meramente como medio”⁴². Las cosas tienen precio, nos dice, y las personas, dignidad. Ante la

³⁹ “Any Maxim that Could not consistently be followed by all, or could not consistently be willed as one that should follow, is not rationally acceptable”. MCNAUGHTON, David y RAWLING Piers. *The Oxford Handbook of Ethical Theory*, Oxford University Press, 2006. Pág. 436.

⁴⁰ Op. Cit. Pág. 115.

⁴¹ Op. Cit. Pág. 104.

⁴² Op. Cit. Pág. 103.

dignidad del otro, considerado este como un agente racional y autónomo (concepto que veremos a continuación), existe un deber de respeto: “Claramente salta a la vista el desprecio al principio de la dignidad de los otros hombres cuando se elijen ejemplos de ataques a la libertad y la propiedad de los demás, pues se ve inmediatamente que el que lesiona los derechos de los hombres está decidido a usar a la persona ajena como un simple medio, sin tener en consideración que los demás, como seres racionales que son, deben ser estimados al mismo tiempo como fines en sí, es decir, sólo como seres que deben contener en sí mismos el fin de la acción”⁴³. Ahora bien, no significa - como han entendido algunos autores - que bajo ninguna circunstancia se deba tratar a las personas como un medio. Más bien, señala Kant, “no debemos tratar a los demás *exclusivamente* como medios para nuestros fines”⁴⁴. La relevancia de la segunda formulación del imperativo categórico reside en que coloca a la humanidad como eje central de la moralidad. Todos y cada uno de los individuos que la componen son considerados como un fin en sí mismo. Así es como señala Kant que “el hombre y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo y no solo como medio para cualesquiera usos de esta o aquella voluntad, y debe ser considerado siempre al mismo tiempo como fin en todas sus acciones, no sólo las dirigidas a sí mismo sino las dirigidas también a

⁴³ Op. Cit. Pág. 105.

⁴⁴ BEAUCHAMP, Tom y CHILDRESS, James, Principios de ética biomédica, Editorial Masson, 2002, pág. 54.

los demás seres racionales”⁴⁵. Los seres humanos, por tanto, tienen un valor absoluto, y este valor está dado por la naturaleza racional de los mismos mediante la cual se representan su existencia. Esta formulación del imperativo categórico también constituye una limitación para la libertad de las acciones: termina mi libertad donde comienza la libertad del otro.

Ahora bien, como corolario de la segunda formulación del imperativo categórico, llegamos a la tercera formulación del mismo:

c) “(...) el sujeto de todos los fines, según el segundo principio, es todo ser racional como fin en sí mismo, de donde se sigue un tercer principio práctico de la voluntad como condición suprema de la concordancia entre ésta y la acción práctica universal, a saber, la idea de *la voluntad de todo ser racional como una voluntad universalmente legisladora*”⁴⁶.

Es precisamente la tercera formulación del imperativo categórico la raíz misma del principio de la autonomía de la voluntad. Kant nos habla de una voluntad legisladora capaz de someterse a leyes morales que ha creado por sí misma:

“Según este principio, han de rechazarse todas aquellas máximas que no puedan compatibilizarse con la propia legislación universal de la voluntad. De

⁴⁵ KANT, Immanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Traducción Luis Martínez de Velasco. Madrid, editorial Espasa, 2001. Pág. 102.

⁴⁶ KANT, Immanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Traducción Luis Martínez de Velasco. Madrid, editorial Espasa, 2001. Pág. 107.

esta manera, la voluntad no está sometida sin más a la ley, sino que lo está de manera que puede ser considerada autolegisladora, y por eso mismo, y sólo por eso, sometida a aquella ley de la que ella misma es autora”⁴⁷. Una voluntad tal, es una voluntad autónoma. Para entender la tercera formulación del imperativo categórico, debemos necesariamente abordar ahora el concepto de autonomía.

iv- La Autonomía

La palabra autonomía deriva del idioma griego y está compuesta a su vez por las palabras *autos* (propio) y *nomos* (ley, norma). Señalan los autores Tom Beauchamp y James Childress, que todas las teorías sobre la autonomía están de acuerdo en que hay dos condiciones esenciales:

“a) la libertad (actuar independientemente de las influencias que pretenden controlar), y b) ser agente (tener la capacidad de actuar intencionadamente)”⁴⁸.

Así las cosas, una persona es autónoma en la medida que obra conforme a sus propios deseos e intereses de forma independiente del control de otro sujeto.

⁴⁷ *Ibídem.*

⁴⁸ BEAUCHAMP, Tom y CHILDRESS, James, *Principios de ética biomédica*, Editorial Masson, 2002, pág. 114.

La autonomía es, por tanto, consecuencia directa de la libertad. Para Kant, la autonomía constituye además el fundamento mismo de la dignidad humana y de toda naturaleza racional ⁴⁹.

Se consagra este concepto dentro de la fundamentación, con la tercera formulación del imperativo categórico, que como hemos visto, propone que los individuos actúen como legisladores universales bajo el dominio de la propia voluntad. Es así como una voluntad autónoma será aquella que se somete a la subordinación de leyes morales de las cuales es autora.

Nace de esta forma el principio de la autonomía de la voluntad, que podemos entenderlo bajo dos dimensiones: una individual, que dice relación con las normas morales que se autoimpone el individuo racional de forma libre, y una dimensión social o colectiva, que será la moralidad entendida en su conjunto, compuesta por leyes morales creando así un sistema universal.

Ahora bien, al principio de la autonomía de la voluntad, se vincula la idea kantiana del *reino de los fines*. Reino, señala, es “el enlace sistemático de distintos seres racionales mediante leyes comunes” ⁵⁰. Los fines en tanto, dice

⁴⁹ KANT, Immanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Traducción Luis Martínez de Velasco. Madrid, editorial Espasa, 2001. Pág.114.

⁵⁰ Op. Cit. Pág. 110.

relación con la segunda formulación del principio categórico que ordena tratar a los seres racionales como fines en si mismos y no solamente como medios dado su carácter de agentes racionales. Ahora bien, en este reino de los fines un ser racional puede pertenecer como miembro (forma parte como legislador universal mas también se encuentra sujeto a las leyes) o como jefe (forma parte como legislador universal mas no se encuentra sometido a la voluntad de otro). Sea miembro o jefe, el ser racional será siempre legislador en el reino de fines en virtud del principio de la autonomía de la voluntad. Señala Kant, que “nuestra propia voluntad en cuanto que obra solamente bajo la condición de una posible legislación universal, esa voluntad posible para nosotros en la idea, es el objeto propio del respeto, y la dignidad de la humanidad consiste precisamente en esa capacidad de ser legisladora universal, aunque bajo la condición de estar al mismo tiempo sometida a esa legislación”⁵¹ .

Así las cosas, la autonomía, “no es más que elegir de tal manera que las máximas de la elección del querer mismo sean incluidas al mismo tiempo como leyes universales”⁵². Como se adelantó previamente en el marco teórico de este trabajo, Kant nos dice que el principio de la autonomía de la voluntad es, en definitiva, el único principio de la moral. Esto se explica al entender el sistema moral propuesto en la fundamentación, como expresión de la voluntad del individuo capaz de generar leyes morales de forma autónoma en función de

⁵¹ Op. Cit. Pág. 119.

⁵² Op. Cit. Pág. 120.

la razón. Solo una voluntad autónoma es capaz de crear leyes morales válidas tanto para sí misma como para todos los sujetos racionales en un reino de fines, siguiendo la terminología kantiana.

Se contrapone a la autonomía de la voluntad, la heteronomía. Señala Stephen Darwall, que “la heteronomía, por el contrario, es la interferencia con la libre determinación, ya sea por la sustitución exitosa de la voluntad de otros por la del agente, tomando las decisiones por él, o por barreras psíquicas internas que interfieren de manera que no lo hace, o tal vez no puede, decidir correctamente por sí mismo”⁵³. Para Kant, la heteronomía está dada por el distanciamiento de la voluntad con los preceptos del imperativo categórico, es así como establece que “cuando la voluntad busca la ley que ha de determinarla en algún otro lugar diferente a la aptitud de sus máximas para su propia legislación universal y, por lo tanto, sale fuera de sí misma a buscar esa ley en la constitución de alguno de sus objetos, se produce entonces, sin lugar a dudas, heteronomía”⁵⁴. La voluntad deja de ser autónoma cuando no es capaz de autolegislarse, esto es, cuando no se da la ley a sí misma sino que esta nace de la relación del objeto

⁵³ “Heteronomy, by contrast, is interference with self-determination, either by others more or less successfully substituting their will for the agent’s, making his choices for him, or by internal psychic barriers interfering so that he does not, or perhaps cannot, properly decide for himself”. DARWALL, Stephen. The value of autonomy. *Ethics*, 116, 2006. Pág. 264. [En Línea] <http://www.yale.edu/darwall/The%20Value%20of%20Autonomy.pdf> [Consulta viernes 10 de octubre de 2014].

⁵⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Traducción Luis Martínez de Velasco. Madrid, editorial Espasa, 2001. Pág. 120.

con la voluntad. Una voluntad autónoma, a contrario sensu, es aquella que hace abstracción de todo objeto, “hasta el punto de que no tenga el menor influjo sobre la voluntad, y ello, para que la razón práctica (voluntad) no sea una simple administradora de unos intereses extraños, sino para que demuestre su propia autoridad imperativa como suprema legislación” ⁵⁵ . Más adelante recalca que una voluntad “absolutamente buena, cuyo principio tiene que ser un imperativo categórico, quedará, pues, indeterminada con respecto a todos los objetos y contendrá sólo la forma del querer en general como autonomía, es decir, que la aptitud que posee la máxima de toda buena voluntad de hacerse a sí misma ley universal es la única ley que se autoimpone la voluntad de todo ser racional sin que intervenga como fundamento ningún impulso o interés” ⁵⁶ .

La autonomía de la voluntad se presenta entonces, como base sustentadora de la moralidad, en la medida que permite la creación de leyes morales que determinarán el contenido de la misma. Como bien señala Kant, “la moralidad, por consiguiente, es la relación de las acciones con la autonomía de la voluntad, es decir, con una posible legislación universal por medio de sus máximas. Aquella acción que pueda resultar compatible con la autonomía de la voluntad es una acción permitida, mientras que la que no es compatible es una acción prohibida” ⁵⁷ . Sin el principio de la autonomía de la voluntad no se podría

⁵⁵ Op.Cit. Pág. 121.

⁵⁶ Op. Cit. Pág. 126.

⁵⁷ Op. Cit. Págs. 118-119.

sostener el sistema propuesto por Kant. La voluntad legisladora no encuentra otro límite mas que la sumisión a la misma legislación que genera. Es así como señala que “nuestra propia voluntad en cuanto que obra solamente bajo la condición de una posible legislación universal , esa voluntad posible para nosotros en la idea, es el objeto propio del respeto, y la dignidad de la humanidad consiste precisamente en esa capacidad de ser legisladora universal, aunque bajo la condición de estar al mismo tiempo sometida a esa legislación”⁵⁸. En el mismo sentido Darwall, cuando señala que la autonomía de la voluntad “es la idea de que las razones para la acción puedan tener su fuente en la voluntad misma, independientemente de cualquier otro estándar”⁵⁹.

v.- La Libertad

Ahora bien, la autonomía en la ética kantiana se relaciona directamente con el concepto de libertad. Así es como en el capítulo tercero de la fundamentación comienza señalando Kant que la “voluntad es una especie de causalidad de los seres vivos, en cuanto que son racionales, y libertad, sería la propiedad de esta causalidad, por la cual puede ser eficiente, independientemente de extrañas

⁵⁸ *Ibíd.* Pág. 119.

⁵⁹ “Autonomy of the will, on the other hand, is the idea that reasons for action can have their source in the will itself, irrespectively of any such independent standard” DARWALL, Stephen. *The Oxford Handbook of Ethical Theory*, Oxford University Press, 2006. Pág. 302.

causas que la determinen”⁶⁰, y luego se pregunta, “¿qué puede ser, pues, la libertad de la voluntad sino autonomía, esto es, propiedad de la voluntad de ser una ley para sí misma?”⁶¹, concluyendo que “voluntad libre y voluntad sometida a las leyes morales son una y la misma cosa”⁶². La libertad, señalará posteriormente en la metafísica de las costumbres, “es un concepto puro de la razón que, precisamente por ello, es trascendente para la filosofía teórica, es decir, es un concepto tal que no puede ofrecerse para él ningún ejemplo adecuado en cualquier experiencia posible”⁶³, sin embargo, el concepto de libertad “prueba su realidad mediante principios prácticos que demuestran como leyes, una causalidad de la razón pura para determinar el arbitrio con independencia de todos los condicionamientos empíricos (de lo sensible en general), y que demuestran en nosotros una voluntad pura en la que tienen su origen los conceptos y leyes morales”⁶⁴. La libertad es además, atributo de todos los seres racionales. Esta idea, sin embargo, de la libertad como propiedad de la voluntad en todos los seres racionales, ha de presuponerse. Señala Kant que “a todo ser racional que tiene una voluntad debemos atribuirle necesariamente también la idea de la libertad bajo la cual obra. Pues en tal ser pensamos una razón que es práctica, es decir, que tiene causalidad respecto

⁶⁰ KANT, Immanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Traducción de Manuel García Morente. Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1951. Pág. 525.

⁶¹ Ibidem.

⁶² Ibidem.

⁶³ KANT, Immanuel. Metafísica de las costumbres. Madrid, editorial Tecnos, 1999. Pág. 26.

⁶⁴ Ibidem. Págs. 26-27.

de sus objetos. Mas es imposible pensar una razón que con su propia conciencia reciba respecto de sus juicios una dirección cuyo impulso proceda de alguna otra parte, pues entonces el sujeto atribuiría, no a su razón, sino a un impulso, la determinación del juicio. Tiene que considerarse a sí misma como autora de sus principios, independientemente de ajenos influjos; por consiguiente, como razón práctica o como voluntad de un ser racional, debe considerarse a sí misma como libre; esto es, su voluntad no puede ser voluntad propia sino bajo la idea de la libertad y, por tanto, ha de atribuirse, en sentido práctico, a todos los seres racionales”⁶⁵. La autonomía de la voluntad, por ende, necesariamente toma como presupuesto la libertad del individuo, de otro modo, se eliminaría a si mismo el concepto de autonomía al obrar no por la libre elección del agente racional sino por elementos externos a la sola voluntad.

Así es como reitera Kant que “con la idea de la libertad hállese, empero, inseparablemente unido el concepto de autonomía, y con éste el principio universal de la moralidad, que sirve de fundamento a la idea de todas las acciones de seres racionales”⁶⁶.

⁶⁵ KANT, Immanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Traducción de Manuel García Morente. Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1951. Pág. 527.

⁶⁶ Op. Cit. Pág. 530.

II.- LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO PRIVADO

“El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán” – Heráclito ⁶⁷

i.- Marco Teórico

Hemos visto en el capítulo anterior, la gestación del principio de la autonomía de la voluntad en la obra del filósofo alemán Immanuel Kant, principio fundamental dentro del sistema moral propuesto en la Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Cabe ahora estudiar el principio desde su perspectiva jurídica dentro de la esfera del derecho privado, además de las distintas manifestaciones del mismo en la normativa nacional vigente.

Si en la ética kantiana la voluntad es presentada como fuente creadora de leyes morales aplicables a todos y cada uno de los agentes racionales, en materia

⁶⁷ Citado por Hans Kelsen. EN: KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 4^o edición, 2005. Pág. 24.

jurídica será entendida como fuente creadora de obligaciones. Para algunos autores, la voluntad será incluso la fuerza motriz creadora del ordenamiento jurídico y social.

El principio de la autonomía de la voluntad en tanto, encontrará asidero en los nuevos cuerpos jurídicos que se comienzan a gestar a finales de las denominadas revoluciones liberales. Veremos una constante evolución en su aplicación que, en una primera etapa, está marcada por el individualismo imperante que gira en torno a la idea hegemónica de la razón y la libertad individual.

En esta primera etapa, que tiene su máximo esplendor en el siglo XIX, la voluntad no tiene más límite que la prohibición legal expresa. Existe una entrega o concesión inmediata a la voluntad de los particulares para la regulación de sus intereses.

Posteriormente, consecuencia de los acontecimientos que marcaron la primera mitad del siglo XX, como fueron la dos grandes guerras mundiales, y la gran depresión económica del año 1929, la idea de una voluntad autónoma irá cediendo espacio a nuevas figuras jurídicas que constreñirán su campo de actuación, al pensar la voluntad individual como imperfecta y propensa a injusticias. Aparecen figuras tales como el contrato dirigido, el contrato forzoso y

el contrato de adhesión, que tienen por finalidad resguardar los intereses de la parte contratante más débil en pos de la igualdad jurídica.

En el último tiempo, distinguimos un resurgimiento del principio de la autonomía de la voluntad, proceso que se manifiesta en la introducción paulatina del principio en áreas del derecho que antes le eran ajenas, dada la relevancia social y el interés público comprometido en dichas materias. Tal es el caso de normas pertenecientes a derecho de familia e, incluso, materias relativas al derecho penal.

Antes de comenzar su estudio, volveremos sobre el concepto de voluntad, para hacer una breve exposición de su conceptualización desde una perspectiva histórica, entendiéndola como un concepto permeable a las ideas políticas, filosóficas e ideológicas que constituyeron el campo propicio donde se gestó la construcción del principio jurídico de la autonomía de la voluntad.

ii.- La voluntad como fenómeno histórico y político.

“El hombre ha nacido libre, pero por doquier se halla encadenado” ⁶⁸, escribe Rousseau en el primer capítulo de una de sus obras culmines, “El Contrato Social”. Distingue así dos situaciones fácticas: el estado natural de las sociedades primitivas y, estado civil de las sociedades actuales. No pretende menos sino que resolver la legitimidad de este cambio y la fuente de las obligaciones a las que se encuentran sujetos los hombres dentro del orden social.

La pregunta ha responder es, “¿por qué debo obedecer?”, o ya directamente, “¿por qué debo respetar la ley?”. Rousseau, señala que esta nueva situación se produce en virtud de una convención, o pacto social, en el que “cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la dirección suprema de la voluntad general; y recibimos además a cada miembro como parte del todo” ⁶⁹

Los individuos, al celebrar esta hipotética convención, someten sus voluntades individuales en beneficio de un bien mayor, como es la creación del estado civil

⁶⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques, El Contrato Social, traducción de Enrique López Castellón, editorial M.E. Editores, 1993. Pág. 49.

⁶⁹ Op. Cit. Pág. 60.

o de derecho, lo que no significa que se sometan a *un* sujeto en concreto. Como señala López Castellón, “según este contrato, el individuo no se somete a nadie en particular, pues el contratante no enajena sus derechos a favor de otros individuos, sino a favor de la comunidad, esto es, de la voluntad general”⁷⁰. Las ventajas de aglomerar las voluntades individuales para formar una voluntad general y así salir del estado natural o pre-social, están dadas por una retribución mutua: cada uno de los individuos que compone el orden social se beneficiará de esta nueva unión al verse recíprocamente obligados: tanto el soberano con los súbditos como estos últimos con el soberano, uniendo fuerzas para formar una entidad sólida, o como señala Rousseau, un cuerpo moral y colectivo. Nace de esta forma el concepto de propiedad, justicia, y se determina por último la moralidad o no de los actos, que antes del orden social no existía.

Como indica Rousseau, “este tránsito del estado de naturaleza al estado civil produce en el hombre un cambio muy notable, al sustituir en su conducta el instinto por la justicia, y al dar a sus acciones la moralidad de la que antes carecían. Sólo entonces, cuando la voz del deber sucede al impulso físico y el derecho al apetito, el hombre que hasta ese momento no había mirado más que

⁷⁰ LOPEZ CASTELLÓN, Enrique, Rosseau o la racionalización de la vida en sociedad. Estudio preliminar En: ROUSSEAU, Jean-Jacques, El Contrato Social, traducción de Enrique López Castellón, editorial M.E. Editores, 1993. Pág. 25.

a sí mismo, se ve forzado a obrar de acuerdo con otros principios y a consultar su razón antes de escuchar sus inclinaciones”⁷¹

La voluntad se presenta en el pensamiento de Rousseau, como elemento indispensable en el paso del hombre pre-social al individuo inserto en una comunidad civil revestido de derechos y obligaciones. Es esta, conjuntamente con la libertad individual, la base que sostiene la convención.

Mas, no es la voluntad individual considerada aislada, sino el conjunto de voluntades que, alineadas en pos de un nuevo estado – civil - desemboca en una voluntad general, cuyo fin último “no es el bien particular de cada individuo , sino el bien y el interés común, que prevalecen siempre sobre los particulares”⁷² .

Expresión de esta voluntad general será la ley⁷³, bajo la cual se encuentran sometidos los individuos porque así lo han determinado libremente en virtud del pacto social. Como señala Luigi Ferri, “la voluntad general tiene aquí relieve

⁷¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques, El Contrato Social, traducción de Enrique López Castellón, editorial M.E. Editores, 1993. Pág 63.

⁷² LÓPEZ CASTELLÓN, Enrique, Rousseau o la racionalización de la vida en sociedad. Estudio preliminar En: ROUSSEAU, Jean-Jacques, El Contrato Social, traducción de Enrique López Castellón, editorial M.E. Editores, 1993. Pág. 26.

⁷³ Esta idea de la Ley como instrumento de la voluntad general será recogida posteriormente por las cartas fundamentales, en términos tales como lo recoge el inciso primero del artículo 5º de nuestra propia Constitución política, al decir que “la soberanía reside esencialmente en la Nación”.

sólo en cuanto confiere a los individuos el poder de crear derecho objetivo; es decir, da lo que los alemanes llaman Ermächtigung, de tal modo que aquel poder reposa sobre una norma superior, expresión de una voluntad general o de la comunidad. La norma general habilita a los individuos para crear derecho objetivo, y por ello son éstos quienes crean derecho objetivo en cuanto habilitados por la norma general, y el derecho así creado es expresión de su querer”⁷⁴. Los individuos, por tanto, son agentes autónomos capaces de autolegislarse.

Con anterioridad a Rousseau y su obra El Contrato Social, la teoría contractualista estaba precedida por el pensamiento de Thomas Hobbes y John Locke. Sin embargo, y a pesar de la coincidencia en la necesidad del pacto como justificación a la autoridad, existe una discrepancia entre los autores respecto a la forma de concebir el estado de naturaleza.

Para Hobbes, el hombre naturalmente es un ser malvado. El estado pre-social se caracteriza por una ausencia de regulación donde todo está permitido tratándose del objetivo de conservar la vida. La condición del hombre en este escenario, es “una condición de guerra de todos contra todos, en la cual cada uno está gobernado por su propia razón, no existiendo nada, de lo que pueda hacer uso, que no le sirva de instrumento para proteger su vida contra sus

⁷⁴ FERRI, Luigi, La Autonomía Privada, traducción de Luis Sancho Mendizabal. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969. Pág. 36.

enemigos. De aquí se sigue que, en semejante condición, cada hombre tiene derecho a hacer cualquier cosa, incluso en el cuerpo de los demás. Y, por consiguiente, mientras persiste ese derecho natural, de cada uno respecto a todas las cosas, no puede haber seguridad para nadie (por fuerte o sabio que sea) de existir durante todo el tiempo que ordinariamente la Naturaleza permite vivir a los hombres”⁷⁵.

Como bien razona López Castellón, la salida de este estado de naturaleza para Hobbes a través del contrato social “es más por miedo que por convicción racional y libre, es la renuncia al derecho natural sobre todas las cosas que cada uno tiene a favor de un tercero, el soberano, que, por lo demás, no es parte contratante ni queda, por tanto, ligado a obligación alguna hacia sus súbditos. El estado Leviatán goza entonces de un poder absoluto sobre los súbditos”⁷⁶.

Locke, en tanto, considera que los hombres en la etapa pre-social son buenos y razonables. El pacto social sólo asegura la continuación y resguardo “mediante

⁷⁵ HOBBS, Thomas, *Leviatán*, traducción de Manuel Sánchez Sarto, México D.G: Fondo de Cultura Económica, 1940. Pág. 107.

⁷⁶ LÓPEZ CASTELLÓN, Enrique, *Rousseau o la racionalización de la vida en sociedad. Estudio preliminar* En: ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El Contrato Social*, traducción de Enrique López Castellón, editorial M.E. Editores, 1993. Págs. 32-33.

la fuerza de la ley, lo que ya tenía plena vigencia en el reino de la espontaneidad”⁷⁷.

La voluntad, en las teorías contractualistas, es el eje fundamental sobre el que se sustenta la idea de entrega o concesión de libertades individuales en pos de un orden social y posterior sometimiento a la ley.

La adopción de cada una de estas teorías conduce, además, a un sistema político distinto: un régimen autoritario, en el caso de Hobbes; un Estado parlamentario y liberal en el de Locke; y una República, en el caso de Rousseau.

El contractualismo, como teoría filosófica y política, es la base doctrinaria dónde se gesta el futuro principio de la autonomía de la voluntad. Si en Kant logra su primera formulación expresa como principio supremo de la moralidad, en la doctrina jurídica la voluntad se irá tornando relevante al ser considerada como fuente primigenia de las relaciones jurídicas que rigen entre los particulares y, además, del contenido de los actos que celebren entre sí.

⁷⁷ *Ibíd.* Pág. 33.

Es así como se comienza a edificar durante el siglo XIX en Alemania, por los denominados Pandectistas, la teoría del negocio jurídico, que encuentra en la voluntad uno de sus elementos esenciales y que tuvo como uno de sus exponentes principales, al jurista Bernhard Windscheid⁷⁸.

En nuestro país, no ajeno a las nuevas tendencias, se comienza a construir la denominada Teoría del Acto Jurídico ⁷⁹ en torno al libro IV del Código Civil, titulado “De las Obligaciones en General y de los Contratos”, no encontrándose específicamente consagrada ni sistematizada dentro de nuestra legislación.

Como señala Vodanovic, “la doctrina chilena, siguiendo los rumbos de la francesa y la italiana, ha construido esta teoría derivándola de los principios que informan preceptos relativos a los contratos y, en parte, al acto testamentario”

⁸⁰. Por este motivo no encontramos dentro de nuestro Código Civil la expresión

⁷⁸ BETTI, Emilio, Teoría general del negocio jurídico, 2º edición. Traducción de A. Martín Pérez, editorial Revista de Derecho Provoado, Madrid. Pág. 54.

⁷⁹ Se adoptó el término de la nomenclatura francesa y la italiana. Existe, sin embargo, una sutileza conceptual entre los términos negocio jurídico y acto jurídico. Los efectos del negocio jurídico según la doctrina alemana son siempre consecuencia directa de la voluntad de su autor, no así respecto a los actos jurídicos. Esta clasificación no tiene asidero en nuestra doctrina y legislación, denominando acto jurídico solo a aquellos actos voluntarios realizados con la intención de producir efectos jurídicos. En ese sentido, VIAL, Víctor, Teoría General del Acto Jurídico, 5º edición actualizada y aumentada. Editorial Jurídica de Chile, 2003. Págs. 24-25.

⁸⁰ VODANOVIC, Antonio, Tratado de Derecho Civil, partes preliminar y general, explicaciones basadas en las versiones de clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U. Editorial Jurídica de Chile, 1998, Pág. 166.

acto jurídico propiamente tal, sino mas bien, conforme al artículo 1445⁸¹, las palabras “acto o declaración de voluntad” . Se ha entendido, sin embargo, que para don Andrés Bello los términos acto jurídico y declaración de voluntad eran conceptos idénticos ⁸².

iii.- La libertad jurídica

En materia normativa, el rol e importancia de la voluntad solo puede ser entendido en su intrínseca relación con el concepto de libertad. Una vez superada la discusión de por qué debo obedecer, la interrogante a continuación es “qué es aquello que me está permitido hacer o no hacer”.

El derecho, en palabras de Kant, “es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad” ⁸³. La misión del legislador, es establecer un balance

⁸¹ “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario (...)”

⁸² “Por último, parece lógico pensar que si Bello no hubiera mirado como sinónimos los conceptos de acto y declaración de voluntad en vez de hablar de un acto o declaración de voluntad, habría dicho un acto o *una* declaración de voluntad”. VODANOVIC, Antonio, Tratado de Derecho Civil, partes preliminar y general, explicaciones basadas en las versiones de clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U. Editorial Jurídica de Chile, 1998, Pág. 166-167.

⁸³ KANT, Immanuel. Metafísica de las costumbres. Madrid, editorial Tecnos, 1999. Pág. 39.

entre las libertades individuales, y determinar aquellos espacios en virtud de los cuales los individuos, de forma autónoma y voluntaria, pueden regular sus propios intereses para la consecución de fines particulares ⁸⁴.

Ahora bien, si los sujetos como entes particulares pueden autorregularse de forma autónoma, cabe determinar cual es ámbito de acción que concede el ordenamiento jurídico a esta libertad. ¿Pueden los individuos, en virtud de la libertad jurídica crear derecho?.

Señala Hans Kelsen que:

“El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se

⁸⁴ A propósito, John Stuart Mill, en su ensayo “Sobre la libertad”, se cuestiona hasta que punto son aceptables los límites impuestos por la sociedad al individuo, señalando que “el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entrometa en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros, es la propia protección. Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás (...)”. MILL, John Stuart, “Sobre la libertad”, traducción de Pablo de Azcarate, 5^o reimpresión, editorial Alianza, Madrid, 1988. Pág. 65.

encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad”⁸⁵.

En derecho privado se suele decir que puede hacerse todo aquello que no esté prohibido. Los sujetos son libres de crear relaciones jurídicas, determinar el contenido de los actos, renunciar a ciertos derechos y aún mas, dejar sin efecto los vínculos jurídicamente válidos que han contraído. Esta libertad, que podríamos denominar negativa, siguiendo la terminología ofrecida por Isaiah Berlin, solo es posible en la medida que no exista interferencia de un tercero. El individuo puede hacer porque no existe prohibición legal que diga lo contrario. Mas, el poder hacer todo aquello que no tenga prohibición encuentra su fundamento dentro del mismo ordenamiento jurídico. La libertad individual, entendida como la facultad natural del individuo para obrar o no obrar a discreción, se transforma en objeto de regulación normativa. El derecho concederá los medios a través de los cuales se exprese dicha libertad.

Los conceptos de voluntad y libertad, serán las bases que irán moldeando el derecho privado desde fines del siglo XVIII. Si los individuos son libres jurídicamente para regular sus propios intereses dentro del ámbito privado, tienen entonces la facultad – o potestad, como veremos más adelante - de crear

⁸⁵ KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 4º edición, 2005. Pág. 141.

las relaciones jurídicas que estimen pertinentes. El medio o instrumento que la ley pone a disposición de los sujetos para obtener la consecución de fines prácticos será el acto jurídico.

iv.- El Acto Jurídico. Nociones generales.

La teoría del acto jurídico se sustenta directamente en el principio de la autonomía de la voluntad y la libertad jurídica, he ahí la importancia de repasar sus alcances generales para nuestro estudio.

Mas, ¿qué es un acto jurídico?. Existen diversas definiciones dentro de la doctrina nacional que pretenden resolver que es lo que constituye o da forma a un acto jurídico propiamente tal.

Arturo Alessandri Rodríguez define acto jurídico como “el acto realizado por la voluntad de una o más personas, con el fin de producir una relación de derecho”⁸⁶.

⁸⁶ ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo, Derecho Civil primer año, título preliminar de los Actos Jurídicos y de Las Personas, versiones taquigráficas tomadas en clases, 3^o edición. Editorial Zamorano y Caperan, Santiago, 1941. Pág. 100.

Carlos Ducci en tanto, conceptualiza acto jurídico como aquellos “actos humanos conscientes y voluntarios, destinados a producir un efecto jurídico predeterminado y querido por el autor”⁸⁷ .

Por último Víctor Vial, quién define acto jurídico como “la manifestación de voluntad hecha con el propósito de crear, modificar o extinguir derechos, y que produce los efectos queridos por su autor o por las partes porque el derecho sanciona dicha manifestación de voluntad”⁸⁸. Para efectos de nuestro trabajo seguiremos esta última definición⁸⁹ .

La voluntad, es la piedra angular del acto jurídico. Para que este nazca, sin embargo, dicha voluntad debe necesariamente manifestarse, exteriorizando la intención interna mediante una declaración que permita su conocimiento en el ámbito externo. No basta la mera intención psicológica de realizar o no tal acto, si la intención no se exterioriza. A su vez, la manifestación debe ser concordante con el querer del autor. Ambos requisitos son indispensables para dar origen al acto jurídico⁹⁰ .

⁸⁷ DUCCI, Carlos, Derecho Civil parte general, 4^o edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, 2000. Pág. 235.

⁸⁸ VIAL, Víctor, Teoría General del Acto Jurídico, 5^o edición actualizada y aumentada. Editorial Jurídica de Chile, 2003. Pág. 26.

⁸⁹ No ahondaremos en las diversas clasificaciones que admite el acto jurídico dado que escapa al propósito de este trabajo que no es sino centrarse en uno de los elementos de existencia del acto jurídico, cual es la voluntad, para exponer posteriormente el principio de la autonomía. Para mayor profundización en el tema consultar la completa obra de Víctor Vial citada anteriormente. Págs. 37-46.

⁹⁰ Op. Cit. Pág. 27.

El propósito de todo acto jurídico es producir efectos jurídicos, que se traduce en la creación, modificación o extinción de derechos. Señala Víctor Vial, que en la práctica, las personas no se representan a sí mismas la finalidad del acto desde una perspectiva jurídica, por tanto, “el propósito perseguido, tal como lo ven el autor o las partes de un acto jurídico, es eminentemente práctico”⁹¹. Este fin o propósito práctico, se traduce en la satisfacción de una necesidad. “El estímulo para la celebración del acto se encuentra en una sensación de necesidad que, para ser satisfecha, requiere de una operación jurídica, de una regulación de intereses”⁹²

Ahora bien, se discute cuál es la causa de los efectos del acto. Para algunos autores, principalmente para los seguidores del dogma de la voluntad, los efectos jurídicos del acto tienen como único antecedente la voluntad del autor o las partes, con independencia del ordenamiento jurídico. Se contraponen a esta postura la visión que sostienen aquellos que ven como fundamento o causa de los efectos, el ordenamiento jurídico mismo. Sostiene Betti al respecto, que “no conviene, en efecto, olvidar que en el momento en que el negocio se concluye, el proceso volitivo ha recorrido ya, normalmente, su *iter*, ha alcanzado su meta definitiva, se ha agotado y concretado en una firme resolución, y los efectos son

⁹¹ Op. Cit. Pág. 29.

⁹² *Ibíd.*

determinados por el Derecho de conformidad con la función del negocio”⁹³. Vial se inclina por una posición intermedia, y señala que “los efectos del acto jurídico derivan en forma inmediata de la voluntad del autor o de las partes, y en forma mediata de la ley, que permite la libertad jurídica, cuya expresión es el poder jurídico, esto es, la facultad de los particulares para crear las relaciones jurídicas”⁹⁴.

El acto jurídico, por tanto, es una creación jurídica cuyo antecedente mediato es atribuible a la voluntad de las partes. Como bien indica Avelino León, este nace por la voluntad de los particulares de forma libre y autónoma: “es solo esto lo que debe entenderse cuando se dice que el acto jurídico lo crea la voluntad de los particulares”⁹⁵.

Ahora bien, hemos señalado, parafraseando a Gounot, que la voluntad es la piedra angular del acto jurídico. Queda ello de manifiesto al estudiar la estructura de los mismos.

Cuando hablamos de la estructura de un acto, pensamos en cada uno de los elementos y requisitos que de manera conjunta forman la arquitectura normativa de este. Distinguimos entonces, en primer lugar, los elementos del acto, que a su vez se subdividen en elementos de la esencia, de la naturaleza y

⁹³ BETTI, Emilio, Teoría general del negocio jurídico, 2º edición. Traducción de A. Martín Pérez, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. Págs. 53-54.

⁹⁴ VIAL, Víctor, Teoría General del Acto Jurídico, 5º edición actualizada y aumentada. Editorial Jurídica de Chile, 2003. Pág. 31.

⁹⁵ LEÓN HURTADO, Avelino, La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos. Editorial Universtaria S.A. Pág. 16.

accidentales. En segundo lugar, distinguimos los requisitos del acto jurídico, que se subdividen en requisitos de existencia y validez.

Los elementos de la esencia del acto jurídico, se ha dicho que son aquellos indispensables para que este adquiera vida jurídica. Así, el artículo 1444 del Código Civil chileno señala que “son cosas de la esencia de un contrato aquellas sin las cuales no produce efecto alguno o degenera en otro distinto”. Vial a su vez señala que los elementos de la esencia admiten una subclasificación, en comunes o generales, que son aquellos que no pueden faltar en ningún acto jurídico, y especiales o específicos, que se requieren para cada acto jurídico en particular (como el precio en la compraventa). Serán elementos de la esencia comunes o generales a todo acto jurídico, según la doctrina tradicional, la voluntad, el objeto y la causa ⁹⁶.

Elementos de la naturaleza de un acto, en tanto, serán aquellos que, siguiendo el tenor del artículo 1444 del Código Civil, no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial. Es la ley la que suple la voluntad de las partes. Como es el caso del saneamiento de la evicción y los vicios redhibitorios en el contrato de compraventa, cuya obligación existe para el vendedor sin necesidad de una declaración de voluntad porque la ley lo subentiende.

⁹⁶ Op. Cit. Pág 32.

Por último, elementos accidentales serán aquellos que ni esencial ni naturalmente le pertenecen al acto, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales. Es el caso de la estipulación de un plazo o una condición en el cumplimiento de una obligación.

Requisitos de existencia de un acto jurídico, que son aquellos sin los cuales el acto no puede nacer jurídicamente, se consideran tradicionalmente la voluntad, el objeto, la causa y las solemnidades requeridas para la existencia del acto ⁹⁷.

Como requisitos de validez, que son aquellos necesarios para que el acto “tenga una vida sana y produzca efectos en forma estable” ⁹⁸, se indican doctrinariamente la voluntad no viciada, el objeto lícito, la causa lícita y la capacidad. Además, en ciertos casos, aquellas solemnidades que se requieren como requisito de validez en determinados actos. De esta distinción, sea que el acto carezca de un requisito de existencia o de validez, nace la discusión en torno a la sanción jurídica que conlleva el acto, es decir, la inexistencia jurídica o bien la nulidad del mismo, que se engloban bajo la denominación general de ineficacia jurídica, y que no es motivo de este trabajo ahondar en ello.

La voluntad, en tanto elemento de la esencia general de los actos jurídicos como requisito de existencia, es, para la teoría general del acto jurídico, el pilar

⁹⁷ Op. Cit. Pág. 33.

⁹⁸ Op. Cit. Pág. 36.

fundamental sobre el que se construyen sus postulados. Así constata Manuel Somarriva:

“En los actos jurídicos la voluntad es el elemento de mayor importancia, tanto es así, que si consideramos las diversas condiciones, que, según la doctrina, son esenciales para su existencia, veremos que en definitiva estrechando el círculo, todas ellas pueden reducirse a la voluntad. En efecto, la causa, ya se considere de acuerdo con la doctrina clásica, como el motivo jurídico que induce a celebrar el acto, o, que, conforme a la idea de Capitant, veamos en ella el fin del acto o contrato, no puede separarse de la voluntad, porque es absurdo pretender la existencia de la voluntad sin que haya un motivo que los induzca a prestarla, o sin que nos guíe una finalidad al hacer esta manifestación. Otro tanto puede decirse del objeto. Una declaración de voluntad para ser tal, necesariamente debe recaer sobre un objeto. Finalmente, las solemnidades no son un elemento diverso de la voluntad, ya que ellas no constituyen, sino una forma especial de esta manifestación cuando el legislador por la gravedad, importancia o trascendencia del acto ha creído necesario exigir las”⁹⁹.

⁹⁹ SOMARRIVA, Manuel, Algunas consideraciones sobre el principio de la Autonomía de la Voluntad. EN: TAVOLARI, Raúl, Doctrinas esenciales, Derecho Civil, Acto Jurídico. Revista de Derecho y Jurisprudencia, edición bicentenario, Editorial Jurídica de Chile, 2010. Pág. 83.

En el mismo sentido Carlos Ducci, al señalar que:

“La voluntad es el fundamento principal de los actos jurídicos y está implícita en sus demás requisitos. Así no sólo la voluntad debe estar exenta de vicios, sino que es ella la que debe emanar de una persona capaz, recaer en un objeto lícito y tener una causa lícita”¹⁰⁰.

v.- La Voluntad Jurídica

Hemos visto que la voluntad es uno de los elementos esenciales del acto jurídico, además de ser requisito de existencia y de validez del mismo. Debemos ver ahora, en que consiste, y cuales son sus características principales.

Define voluntad Arturo Alessandri Rodríguez, como “aquella facultad humana que habilita al hombre para ejecutar lo que desea”¹⁰¹. A su vez, Avelino León señala que “es la facultad que nos permite hacer o no hacer lo que deseamos”

¹⁰⁰ DUCCI, Carlos, Derecho Civil parte general, 4^o edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, 2000. Pág. 243.

¹⁰¹ ALESSANDRI, Arturo, Derecho Civil primer año, título preliminar de los Actos Jurídicos y de Las Personas, versiones taquigráficas tomadas en clases, 3^o edición. Editorial Zamorano y Caperan, Santiago, 1941. Pág. 103.

¹⁰². María Tocornal en tanto nos dice que, “desde un punto de vista jurídico, se ha definido la voluntad como aquella facultad que nos permite hacer o no hacer lo que deseamos, o bien, la aptitud para querer algo” ¹⁰³.

Así las cosas, la voluntad es una facultad del individuo, una intención o ánimo de hacer o no hacer algo, siguiendo la primera definición de voluntad que dimos en este trabajo conforme al diccionario de la Real Academia Española. Mas esta intención está dada o motivada en el derecho, por la producción de efectos jurídicos, que como hemos visto, consisten en la creación, modificación o extinción de derechos ¹⁰⁴. Adquiere así esta facultad, animo o resolución, el nombre de voluntad jurídica.

Para que la voluntad tenga efectos jurídicos, es indispensable que cumpla con algunos requisitos. La doctrina concurre en que dos son los elementos que debe cumplir la voluntad simultáneamente para que produzca consecuencias jurídicas.

¹⁰² LEÓN HURTADO, Avelino, La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos. Editorial Universtaria S.A. Pág. 41.

¹⁰³ TOCORNAL, María, La voluntad y el temor en el negocio jurídico. Editorial Jurídica de Chile, 1981. Pág. 7.

¹⁰⁴ Recordemos la definición de derecho subjetivo: “la facultad para actuar o potestad que un particular tiene, sancionada por una norma jurídica”. La voluntad jurídica sería expresión de esta potestad conferida a los particulares. DUCCI, Carlos, Derecho Civil parte general, 4^o edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, 2000. Pág. 210.

A saber:

a) Debe manifestarse o exteriorizarse.

El acto jurídico como hemos visto, es una declaración de voluntad. Una voluntad que no se manifieste o exteriorice no puede producir efectos jurídicos. Como bien señala Carlos Ducci, “que la voluntad se exteriorice resulta evidente si pensamos que va a crearse una relación jurídica y que, por lo tanto, debe ser conocida. Si se mantiene en el fuero interno de la persona, no puede constituir un factor de relación” ¹⁰⁵. O en palabras de Avelino León, “la voluntad considerada como fenómeno psicológico de la vida consciente, como una simple volición interna, no produce consecuencias en el derecho, pues se trata de un fenómeno psíquico que los terceros no pueden conocer” ¹⁰⁶

Existen a su vez dos clases de manifestación, la manifestación expresa y la manifestación tácita.

¹⁰⁵ DUCCI, Carlos, Derecho Civil parte general, 4^o edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, 2000. Pág. 244.

¹⁰⁶ LEÓN, Avelino, La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos. Editorial Universtaria S.A. Pág. 41.

Siguiendo a Víctor Vial, se manifiesta la voluntad de forma expresa “a través de una declaración, contenida en palabras (lenguaje hablado o escrito) o incluso en gestos o indicaciones” ¹⁰⁷.

En algunos casos, la ley necesariamente requiere que la voluntad se manifieste de forma expresa, como es el caso del artículo 1060 del Código Civil en relación al testamento ¹⁰⁸ o el inciso tercero del artículo 1511 respecto a la solidaridad ¹⁰⁹. También se ha señalado que la condonación del dolo por parte de la víctima, una vez que se ha ejecutado el engaño (toda vez que la condonación del dolo futuro adolece de objeto ilícito), es otro de los casos en que la voluntad debe manifestarse de forma expresa, dado que implica una renuncia a perseguir la responsabilidad de su autor ¹¹⁰.

Ahora bien, la manifestación tácita de voluntad, es aquella que se produce “cuando el individuo ejecuta actos o hechos de los cuales se desprende

¹⁰⁷ VIAL, Víctor, Teoría General del Acto Jurídico, 5^o edición actualizada y aumentada. Editorial Jurídica de Chile, 2003. Pág. 47.

¹⁰⁸ “No vale disposición alguna testamentaria que el testador no haya dado a conocer de otro modo que por *sí* o *no*, o por una señal de afirmación o negación, contestando a una pregunta”.

¹⁰⁹ “La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley”

¹¹⁰ VIAL, Víctor, Teoría General del Acto Jurídico, 5^o edición actualizada y aumentada. Editorial Jurídica de Chile, 2003. Pág. 184.

claramente su voluntad” ¹¹¹. O como señala Vial, existe “una conducta de la cual, a través de un proceso de deducción lógica, se hace posible extraer una conclusión inequívoca y desprender una manifestación de voluntad implícita o indirecta” ¹¹².

Como ejemplos de manifestación tácita de voluntad tenemos el artículo 1241 del Código Civil, referente a la aceptación de una herencia, que puede verificarse de forma expresa o tácita ¹¹³ o el artículo 2124 en sus incisos primero y segundo, en atención a la forma de perfeccionamiento del contrato de mandato¹¹⁴.

Se ha señalado que tanto la manifestación expresa como la manifestación tácita tienen el mismo valor en nuestra legislación, salvo los casos en que la ley requiere se efectúe de una u otra forma determinada.

b) Debe ser seria.

¹¹¹ ALESSANDRI, Arturo, Derecho Civil primer año, Título preliminar de los Actos Jurídicos y de Las Personas, versiones taquigráficas tomadas en clases, 3^o edición. Editorial Zamorano y Caperan, Santiago, 1941. Pág. 103.

¹¹² VIAL, Víctor, Teoría General del Acto Jurídico, 5^o edición actualizada y aumentada. Editorial Jurídica de Chile, 2003. Pág. 49.

¹¹³ “La aceptación de una herencia puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se toma el título de heredero; y es tácita cuando el heredero ejecuta un acto que supone necesariamente su intención de aceptar, y que no hubiera tenido derecho de ejecutar sino en su calidad de heredero”.

¹¹⁴ “El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario. La aceptación puede ser expresa o tácita. Aceptación tácita es todo acto en ejecución del mandato”

Que la voluntad sea seria, hace referencia a la existencia concreta de una intención y propósito de producir efectos jurídicos. Como señala Vial, no será seria la voluntad si esta se manifiesta por “mera cortesía o complacencia o en broma; y, en general, la que se manifiesta en cualquier forma de la cual pueda desprenderse, inequívocamente, la falta de seriedad; lo que en definitiva apreciará el juez” ¹¹⁵.

Ahora bien, la voluntad necesariamente debe manifestarse y ser seria para que el acto jurídico exista como tal, mas debe aún reunir determinadas cualidades para que el acto nazca de forma sana a la vida jurídica, o dicho de otro modo, para ser jurídicamente eficaz. Sostiene al respecto Vodanovic que “para la completa eficacia jurídica de la voluntad se requiere que reúna los caracteres de consciente y no viciada. Puede haber ausencia total de voluntad y puede haber vicios que la afecten. En el primer caso, el acto no existe dentro del mundo jurídico; solo existiría en el hecho. En el segundo caso (...) el acto sería anulable” ¹¹⁶. Como causas de ausencia total de voluntad se menciona la situación de los dementes, los impúberes y los sordos mudos que no pueden darse a entender claramente, y que encuentra acogida en el artículo 1447 del

¹¹⁵ VIAL, Víctor, Teoría General del Acto Jurídico, 5^o edición actualizada y aumentada. Editorial Jurídica de Chile, 2003. Pág. 53.

¹¹⁶ VODANOVIC, Antonio, Tratado de Derecho Civil, partes preliminar y general, explicaciones basadas en las versiones de clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U. Editorial Jurídica de Chile, 1998, Pág. 201.

Código Civil, al señalar quienes son absolutamente incapaces. Tanto así, que “sus actos no producen ni aún obligaciones naturales” ¹¹⁷.

Son vicios de la voluntad, la fuerza, el error y el dolo, conforme al artículo 1451 del Código Civil. Un acto cuya voluntad se encuentra viciada, nace jurídicamente, más es susceptible de ser anulado: “su vida está viciada; el acto puede ser invalidado, puede morir” ¹¹⁸.

Hemos visto a grandes rasgos la voluntad jurídica, su definición, características y formas de manifestación. No nos detendremos en cada uno de los vicios que puede adolecer la misma, ni en los otros elementos que dan forma al acto jurídico, como la causa, el objeto y las solemnidades, toda vez, que escapa a la función de este trabajo. Por ahora basta para nuestro cometido una idea general de la voluntad.

¹¹⁷ Art. 1447, inc. 1º y 2º: “Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender claramente. Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución”.

¹¹⁸ ALESSANDRI, Arturo, Derecho Civil primer año, Título preliminar de los Actos Jurídicos y de Las Personas, versiones taquigráficas tomadas en clases, 3º edición. Editorial Zamorano y Caperan, Santiago, 1941. Pág. 101.

vi.- El principio jurídico de la autonomía de la voluntad

a) Conceptos Generales.

Hemos visto que el principio de la autonomía de la voluntad se sustenta en las ideas individualistas y liberales provenientes del pensamiento filosófico que se comienza a gestar durante el siglo XVIII, proceso que culmina finalmente en las denominadas revoluciones liberales. Es, además, el soporte sobre el que descansa la teoría del acto jurídico.

Existen diversas definiciones dentro de la doctrina, tanto nacional como extranjera, que pretenden conceptualizar el principio. Así las cosas, Avelino León define el principio de autonomía de la voluntad como “un principio de derecho privado que permite a los particulares ejecutar los actos jurídicos que deseen y determinar libremente su contenido y efectos, con ciertas limitaciones” ¹¹⁹. Para Vodanovic, es “el poder que el ordenamiento jurídico reconoce a los particulares de regular por sí sus intereses o, como prefieren decir otros, sus relaciones jurídicas con los demás sujetos” ¹²⁰. María Tocornal, en tanto, señala que la autonomía de la voluntad es el principio “según el cual

¹¹⁹ LEÓN, Avelino, La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos. Editorial Universtaria S.A. Pág. 68.

¹²⁰ VODANOVIC, Antonio, Tratado de Derecho Civil, partes preliminar y general, explicaciones basadas en las versiones de clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U. Editorial Jurídica de Chile, 1998, Pág. 167.

los particulares son absolutamente libres para decidir si celebran o no un acto jurídico, y si optan por celebrarlo, pueden también determinar su contenido y efectos, con ciertas limitaciones”¹²¹ .

La doctrina comparada habla de “autonomía privada”, y en vez de conceptualizar el principio como una facultad, va más allá, señalando que es un poder o potestad del individuo para crear relaciones jurídicas.

Es así como Betti define la autonomía privada como una “actividad y potestad creadora, modificadora o extintiva, de relaciones jurídicas entre individuo e individuo”¹²². El negocio jurídico, (para nosotros, acto jurídico), sería “el instrumento que la ley coloca a disposición de los particulares para regular sus intereses y relaciones propias”¹²³. La autonomía privada, para la doctrina extranjera, no es mera expresión de la libertad entendida esta última como facultad del individuo, sino que la libertad sería otro aspecto de la autonomía y, el negocio jurídico por tanto, “no es el resultado del ejercicio de una facultad, es decir, de un obrar lícito según el derecho o, mejor, no es solamente el resultado

¹²¹ TOCORNAL, María, La Voluntad y el Temor en el Negocio Jurídico. Editorial Jurídica de Chile, 1981. Pág. 8.

¹²² BETTI, Emilio, Teoría general del negocio jurídico, 2º edición. Traducción de A. Martín Pérez, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. Pág. 47.

¹²³ VIAL, Víctor, Teoría General del Acto Jurídico, 5º edición actualizada y aumentada. Editorial Jurídica de Chile, 2003. Pág. 58.

de éste, sino que es, ante todo, el resultado del ejercicio de un poder o una potestad. Y la autonomía privada se identifica con este poder y potestad”¹²⁴.

Es interesante lo señalado por Werner Flume al postular que el ordenamiento jurídico regula de antemano los distintos tipos de actos que servirán para la configuración de las relaciones jurídicas entre los particulares, “un numerus clausus de tipos de negocios jurídicos.”¹²⁵. Y es tan así, que “los particulares sólo pueden configurar relaciones jurídicas que sean figuras propias del Ordenamiento jurídico (...) Es cierto que el particular tiene que decidir, dentro del ámbito de la autonomía privada, sí y qué relaciones jurídicas quiere configurar, así como en relación a que objetos y personas. Pero solamente puede obrar configurando jurídicamente en los actos que el ordenamiento jurídico pone a su disposición como tipos de actos, y sólo puede configurar las relaciones jurídicas que determine el Ordenamiento jurídico y del modo como éste disponga”¹²⁶. Es ahí donde opera precisamente la autonomía privada.

Sea que hablemos de autonomía privada como potestad, o bien autonomía de la voluntad como facultad, nos estaremos refiriendo en materia jurídica a la libertad del individuo para autorregular sus relaciones jurídicas y determinar en

¹²⁴ FERRI, Luigi, La Autonomía Privada, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid 1969. Pág. 43.

¹²⁵ FLUME, Werner, El Negocio Jurídico, Parte general del derecho Civil, tomo segundo, traducción de José María Miquel González y Esther Gómez Calle, 4º edición, Fundación Cultural del Notariado, 1992. Pág. 49.

¹²⁶ Op. Cit. Pág. 24.

definitiva el contenido de los actos celebrados. Esto nos lleva ahora a estudiar las consecuencias y manifestaciones del principio dentro de nuestra legislación.

b) Consecuencias del principio de la autonomía de la voluntad y sus distintas manifestaciones dentro del derecho privado.

Hemos señalado que existe un viejo adagio que dice que en derecho privado puede hacerse todo lo que la ley no prohíbe. Se deja así una amplia discreción a los particulares para regular sus propias relaciones jurídicas y determinar el contenido de los actos que celebren en la medida no que exista prohibición expresa.

La autonomía de la voluntad, como observa Avelino León, “se refiere a cualquier acto jurídico y, por consiguiente, es un principio más amplio que el de la libertad contractual que sólo comprende los actos jurídicos bilaterales” ¹²⁷. Como consecuencia de esta facultad, o siguiendo la doctrina italiana, esta potestad de los particulares, se pueden, según Víctor Vial, distinguir las principales consecuencias del principio de la autonomía de la voluntad:

¹²⁷ LEÓN HURTADO, Avelino, La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos. Editorial Universitaria S.A. Pág. 68.

- “El hombre es libre para obligarse o no; y si lo hace, es por su propia voluntad”
- El hombre es libre para renunciar por su sola voluntad a un derecho establecido en su beneficio, con tal que mire el interés individual del renunciante y que la ley no prohíba su renuncia
- El hombre es libre para determinar el contenido de los actos jurídicos que celebre.”¹²⁸

Podríamos añadir también, que el principio de la autonomía de la voluntad permite a los particulares regular determinados efectos del acto y, aún más, dejar sin efectos las obligaciones jurídicas nacidas del mismo.

Ahora bien, dentro de nuestra legislación, encontramos diversas manifestaciones del principio de la autonomía de la voluntad.

Es necesario señalar en este punto, que el campo de aplicación del principio dentro del ordenamiento jurídico corresponde al derecho privado, toda vez que es este el encargado de regular las relaciones jurídicas entre los particulares. Las normas de derecho público en tanto, se ha dicho que son irrenunciables para los particulares en atención a que existe un interés colectivo comprometido

¹²⁸ VIAL, Víctor, Teoría General del Acto Jurídico, 5^o edición actualizada y aumentada. Editorial Jurídica de Chile, 2003. Pág. 57.

y, además, existe una diferencia en cuanto a la naturaleza de la relación regulada, siendo en este último caso de autoridad y subordinación ¹²⁹.

Se confunde y mezcla, al momento de efectuar una diferenciación entre derecho público y privado, otro concepto, cual es el de orden público. Hay normas que aún encontrándose dentro de los márgenes del derecho privado, son irrenunciables para los particulares, toda vez que son normas esenciales para el buen funcionamiento de la sociedad. Más adelante se expondrá una definición de orden público al tratar los límites de la autonomía de la voluntad.

Hecha la distinción, veremos a continuación, siguiendo la doctrina tradicional, distintas manifestaciones del principio de la autonomía de la voluntad dentro del Código Civil:

- La voluntad como fuente de las obligaciones.

Señala el artículo 1437, que:

¹²⁹ DUCCI, Carlos, Derecho Civil parte general, 4^o edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, 2000. Págs. 11-13.

“Las obligaciones nacen, ya del concurso real de voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga...”.

Esta disposición es posiblemente el pilar fundamental sobre el que se construye la teoría del acto jurídico, al identificar la voluntad como fuente misma de las obligaciones. Como señala López Santa María, “de la autonomía de la voluntad se colige que el hombre no podría quedar vinculado por obligaciones en las cuales no ha consentido y, recíprocamente, que toda obligación querida por el hombre debe producir efectos jurídicos”¹³⁰.

En la misma idea el artículo 2284 en su inciso primero, a propósito de los cuasicontratos:

“Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes (...)”

- La voluntad en la extinción de las obligaciones

¹³⁰ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, Los Contratos, parte general, Tomo I. 4^o edición revisada y ampliada. Editorial Jurídica de Chile, 2005. Pág. 244.

El artículo 1567 establece que:

“Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consienten en darla por nula”.

Del mismo modo que la voluntad es fuente de las obligaciones, incide de igual forma en la extinción de las mismas. Este acto se denomina en doctrina resciliación, y es precisamente “un acuerdo de voluntades (convención) en que las partes dotadas de capacidad de disposición, dejan sin efecto un acto anterior, extinguiendo de esa manera las obligaciones pendientes provenientes de ese acto” ¹³¹ .

Es un error del legislador, sin embargo, señalar que las partes consienten en dar por nula la obligación, toda vez, que lo efectuado por los contratantes es simplemente extinguir el vínculo existente entre ellos.

¹³¹ RAMOS PAZOS, René, De las Obligaciones, Editorial LexisNexis, 1^o edición, 2004. Pág. 332

- La voluntad en la incorporación de elementos accidentales o en la modificación de elementos de la naturaleza.

Las partes tienen la libertad de modificar el contenido de los actos jurídicos que celebren, en la medida, que no afecte o transgreda dicha modificación los elementos de la esencia del acto, sean estos generales o específicos.

Más aún, pueden incluso agregar cláusulas especiales que alteren los efectos jurídicos del acto; establecer penas civiles en caso de incumplimiento y agregar cláusulas que agraven la responsabilidad de las partes.

Por ejemplo, las partes pueden determinar el momento en el que se torna exigible la obligación, mediante la incorporación al acto jurídico de una modalidad (condición, plazo, modo), cuya principal función consiste en modificar los efectos normales de un acto jurídico. Encuentra sustento normativo en el artículo 1444, ya visto al explicar los elementos del acto jurídico.

- La voluntad en las convenciones. La fuerza obligatoria de los contratos ¹³².

¹³² En el capítulo tercero de este trabajo, se expondrá una observación crítica respecto al fundamento de la fuerza obligatoria del contrato en torno al principio

Convención, es un “acuerdo de voluntades de dos partes, con un propósito definido y característico que produce como efectos la adquisición, modificación o extinción de derechos subjetivos” ¹³³. Nuestro Código Civil confunde los términos convención y contrato, haciendo de ellos sinónimos. Sin embargo, existe una relación de género a especie, dónde la convención es el género. El contrato es una especie de convención creadora de obligaciones. Sus efectos por tanto, son más restringidos ¹³⁴.

El artículo 1545 del Código Civil señala que:

“ Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”

Se ha dicho que esta disposición “establece toda la fuerza de la declaración de voluntad” ¹³⁵. Y esto es, porque el acuerdo celebrado entre las partes es de tal relevancia y magnitud, que se eleva al carácter de ley, tornándose obligatorio

de la autonomía de la voluntad, observación expuesta en un artículo cuya autoría corresponde al profesor Carlos Pizarro Wilson.

¹³³ VIAL, Víctor, Teoría General del Acto Jurídico, 5º edición actualizada y aumentada. Editorial Jurídica de Chile, 2003. Pág. 38.

¹³⁴ Op. Cit. Pág. 40.

¹³⁵ DUCCI, Carlos, Derecho Civil parte general, 4º edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, 2000. Pág. 24.

para las partes. Meza Barros señala que “al atribuir al contrato el carácter de una ley para los contratantes, el legislador no ha querido sólo valerse de una fórmula vigorosamente expresiva de su fuerza. Ha significado, además, que el legislador deja a las partes en libertad para señalar las normas que han de regir sus relaciones y que tales normas tienen para ellas la fuerza de una verdadera ley”¹³⁶.

Claro está, que se distinguen importantes diferencias entre ley y contrato, diferencias que van desde su origen y formación, hasta la duración temporal de los efectos. Debe entenderse la asimilación al concepto de ley en el sentido que señala Meza Barros, esto es, para reforzar el carácter obligatorio del mismo.

El artículo 1545 se encuentra directamente inspirado en su símil del *Code* francés, el artículo 1134, que señala que:

“Los acuerdos legalmente formados tendrán fuerza legal entre quienes los hayan efectuado.

Podrán ser revocados por mutuo consentimiento, o por las causas que autoriza la ley.

¹³⁶ MEZA BARROS, Ramón, Manual de Derecho Civil, De las fuentes de las obligaciones. Tomo I, 9^o edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 15.

Deberán ser ejecutados de buena fe”¹³⁷

La ley por tanto, le otorga libertad a los particulares para celebrar contratos aún cuando estos no se encuentren regulados expresamente. Como señala Avelino León, “la voluntad de los particulares va creando así las nuevas formas de contratación impuestas por las necesidades del comercio jurídico”¹³⁸.

Otra manifestación de la autonomía de la voluntad relacionada con la libertad contractual y la fuerza obligatoria de los contratos, la encontramos en el artículo 22 de la Ley sobre el efecto retroactivo, al señalar que “en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”. La ley, privilegia la voluntad de las partes en cuanto a la normativa que estas han tenido en cuenta al momento de celebrar el acto.

- La facultad para renunciar a los derechos

¹³⁷ “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi”. El artículo del *Code*, sin embargo, trata además de la fuerza obligatoria del contrato establecida en los incisos primero y segundo del artículo 1134, lo que se denomina en doctrina buena fe objetiva, y que en nuestro código se encuentra de forma independiente en el artículo 1546 Código Civil Francés [En Línea] <http://www.legifrance.gouv.fr>. [Consulta jueves 6 de noviembre de 2014].

¹³⁸ LEÓN HURTADO, Avelino, La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos. Editorial Universitaria S.A. Pág. 68.

También es expresión de la autonomía de la voluntad la facultad que confiere la ley a los individuos para renunciar a determinados derechos.

Señala el artículo 12 del Código Civil:

“Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia”

La renuncia por tanto debe reunir dos supuestos:

- Que los derechos que se renuncien miren solamente al interés individual de quién renuncia a ellos.
- Qué no esté prohibida la renuncia de estos derechos

- Las normas de interpretación de los contratos

La autonomía de la voluntad incide de igual forma respecto a las normas que regulan la interpretación de los contratos. Señala Avelino León que “según

nuestro sistema, que viene del Derecho francés, en la interpretación debe buscarse la intención o voluntad real del autor o de las partes ¹³⁹.

Encuentra sustento legal dentro de nuestro Código Civil, en el artículo 1560, según el cual:

“Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”

Esta norma tiene su fuente inmediata en el artículo 1156 del *Code* francés, al disponer que:

“En las convenciones se debe buscar cuál ha sido la intención común de los contratantes, antes que atenerse al sentido literal de las palabras” ¹⁴⁰

Es la intención misma aquello que debe descubrir el interprete de la norma. Lo que por cierto representa gran dificultad al ser un elemento de carácter

¹³⁹ LEÓN HURTADO, Avelino, La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos. Editorial Universitaria S.A. Pág. 69.

¹⁴⁰ “On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes” [En línea] <http://www.legifrance.gouv.fr/> [Consulta jueves 13 de noviembre de 2014].

sicológico y absolutamente subjetivo. López Santa María señala que esto es perfectamente posible y entendible “si no se pierde de vista el principio de la autonomía de la voluntad, qué ejerció un atractivo tan grande sobre los legisladores del siglo XIX (...). La voluntad interna del individuo es la meta del intérprete; éste no debe escatimar sus esfuerzos para llegar a ella” ¹⁴¹ .

c) Límites al principio de la autonomía de la voluntad

La autonomía de la voluntad, sin embargo, no es absoluta. Existen una serie de limitaciones cuyo objetivo final, en palabras de Avelino León, es el resguardo “de la organización misma del Estado, de sus instituciones fundamentales; o, si se quiere: del orden público y de las buenas costumbres” ¹⁴² .

Veremos a continuación cada una de las limitaciones a las que se encuentra supeditado el principio de la autonomía de la voluntad. Las principales, siguiendo la doctrina tradicional, son:

- La ley

¹⁴¹ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, Los Contratos, parte general, Tomo I. 4^o edición revisada y ampliada. Editorial Jurídica de Chile, 2005. Pág. 244.

¹⁴¹ RAMOS PAZOS, René, De las Obligaciones, Editorial LexisNexis, 1^o edición, 2004. Pág. 425.

¹⁴² Op. Cit. Pág. 70.

En derecho privado, como hemos señalado, y en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, se puede hacer todo aquello que no esté prohibido por las leyes. Por tanto, la primera limitación es de carácter legal. Como señala Ducci, “esta limitación se presenta en dos aspectos: uno es que el acto voluntario no puede transgredir la ley; el otro, que dicho acto no puede hacer dejación de aquellos derechos que la ley declara irrenunciables”¹⁴³. Se ha dicho que un acto transgrede la ley cuando no observa lo previsto en una norma jurídica o, cuando derechamente ejecuta un acto en contravención a lo establecido por un precepto legal. Así, las partes necesariamente deben respetar los requisitos de existencia de un acto jurídico para que este tenga pleno valor, ya que así lo establece el artículo 1445 del Código Civil . Otro ejemplo es el que las partes no pueden prescindir de los elementos de la esencia especiales de un contrato determinado. Por ejemplo, no pueden las partes prescindir del precio, en el caso de la compraventa, y continuar llamando compraventa a ese acto que carece de uno de sus elementos característicos. Como señala Vodanovic, “las leyes imperativas que marcan límites al ejercicio de la autonomía privada o de la voluntad tienen por objeto evitar que los intereses de los particulares se contrapongan a los de la sociedad toda; que terceros puedan ser perjudicados, y aún moran a la convivencia de los propios

¹⁴³ DUCCI, Carlos, Derecho Civil parte general, 4^o edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, 2000. Pág. 26.

autores de un acto jurídico para que expresen una voluntad sana, libre y meditada”¹⁴⁴

Una de las principales limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad por parte del legislador, se dio precisamente durante el siglo XX con la introducción de figuras tales como el contrato dirigido. Somarriva observa que “al legislador moderno le importa más la finalidad del acto que la voluntad de las partes. Muchas veces quebrando su antigua rigidez, haciendo caso omiso de la voluntad individual, presta su sanción a situaciones jurídicas determinadas, porque la finalidad que ellas persiguen son de conveniencia y utilidad social”¹⁴⁵

Dónde mayor se ha visto el impacto de esta limitación de la voluntad particular en beneficio de un interés colectivo, ha sido respecto a la libertad contractual. El contrato de trabajo, el contrato forzoso, el contrato de adhesión y el ya mencionado contrato dirigido, son algunas de las nuevas formas de contratación que dejan un estrecho margen de actuación a los particulares en pos del establecimiento condiciones contractuales equitativas.

¹⁴⁴ VODANOVIC, Antonio, Tratado de Derecho Civil, partes preliminar y general, explicaciones basadas en las versiones de clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U. Editorial Jurídica de Chile, 1998, Pág. 168.

¹⁴⁵ SOMARRIVA, Manuel, Algunas consideraciones sobre el principio de la Autonomía de la Voluntad. EN: TAVOLARI, Raúl, Doctrinas esenciales, Derecho Civil, Acto Jurídico. Revista de Derecho y Jurisprudencia, edición bicentenario, Editorial Jurídica de Chile, 2010. Pág. 86.

Otra limitación legal a autonomía de la voluntad, es aquella que dice relación con la imposibilidad de las partes de renunciar a aquellos derechos cuya renuncia este prohibida por la ley, en virtud del ya estudiado artículo 12 del Código Civil.

- El orden público y las buenas costumbres.

Existen una serie de definiciones en doctrina que tienen por objetivo conceptualizar aquello que constituye orden público. Algunos autores señalan que no existe un concepto unitario de orden público, distinguiendo así varios subtipos conforme al área de aplicación. Valga para este trabajo la definición que proporciona Víctor Vial: “el orden público es la organización considerada como necesaria para el buen funcionamiento general de la sociedad”.

Manifestaciones del orden público en nuestra legislación encontramos en el artículo 880, que a propósito de las servidumbres voluntarias establece:

“Cada cual podrá sujetar su predio a las servidumbres que quiera, y adquirirlas sobre los predios vecinos con la voluntad de sus dueños, con tal que no se dañe con ellas al orden público, ni se contravenga a las leyes”

O el artículo 1461 inciso tercero, en relación a los requisitos del objeto cuando constituye un hecho:

“Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público”

Ahora bien, respecto a las buenas costumbres, está de acuerdo la doctrina cuando señala que constituye un concepto mutable que difiere de una sociedad a otra. Ducci define el concepto de buenas costumbres como “aquellos usos y costumbres que la sociedad considera en un momento dado como normas básicas de convivencia social” ¹⁴⁶. El Código Civil se refiere al término buenas costumbres en varias disposiciones, por ejemplo el artículo 1461 ya mencionado. O bien el artículo 1717 sobre las capitulaciones matrimoniales:

“Las capitulaciones matrimoniales no contendrán estipulaciones contrarias a las buenas costumbres ni a las leyes.

No serán, pues, en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro o de los descendientes comunes”.

¹⁴⁶ DUCCI, Carlos, Derecho Civil parte general, 4^o edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, 2000. Pág. 27.

- La autonomía de terceros

Así Víctor Vial, cuando señala que “la autonomía privada faculta a los particulares para disponer de sus propios intereses y no de los ajenos” ¹⁴⁷. La autonomía de un individuo encuentra su fin donde comienza la del otro.

¹⁴⁷ VIAL, Víctor, Teoría General del Acto Jurídico, 5^o edición actualizada y aumentada. Editorial Jurídica de Chile, 2003. Pág. 59.

III.- CONSIDERACIONES FINALES EN TORNO AL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

- I- La aparente dualidad del principio de la autonomía de la voluntad

“La regla -moral- según la cual debes amar a tu prójimo, se traduce en términos jurídicos en la regla según la cual no debes dañar a tu vecino”

– Lord Atkin ¹⁴⁸

Hemos estudiado en los capítulos anteriores el principio de la autonomía de la voluntad como elemento esencial dentro de la ética kantiana y, la autonomía de la voluntad como principio jurídico con expresiones directas en la legislación.

¹⁴⁸ “The rule that you are to love your neighbour becomes in law, you must not injure your neighbour;” Neighbour Principle, Donoghue v. Stevenson (1932). [En línea] < <http://www.leeds.ac.uk/law/hamlyn/donoghue.htm> > [consulta viernes 14 de noviembre de 2014]

Así, distinguimos dos áreas de aplicación perfectamente diferenciadas: la moral, por un lado, y la jurídica.

Esto nos lleva a preguntarnos sobre la naturaleza misma del principio y, aún más, sobre la dualidad de la autonomía de la voluntad al manifestarse en dos aspectos distintos.

Pero, ¿qué es un principio?. Posiblemente es uno de los conceptos de mayor indeterminación en la doctrina. En primer lugar, no existe *una* definición que englobe los distintos sentidos en que se emplea el termino. He ahí la primera dificultad. En segundo lugar, a pesar de la inmensa cantidad de información y tratados al respecto, sigue siendo impreciso determinar el contenido del termino en comento. Como señala García Figueroa, “debe reconocerse que la frecuencia con que los estudiosos del tema se han referido a los principios sólo es comparable con el grado de ambigüedad y vaguedad que afecta a esta noción en manos de los juristas” ¹⁴⁹ . Definir aquello que constituye efectivamente un principio propondría un estudio posterior a este trabajo. Baste ahora señalar algunas ideas generales.

¹⁴⁹ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, Principios y Positivismos Jurídico, El no positivismo principalista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998. Pág. 42.

Por lo pronto, podemos recurrir a la definición etimológica de la palabra, que se remonta al latín y tiene su raíz en el término *principum*¹⁵⁰, que se traduce a su vez como “comienzo”, o conforme señala el diccionario de la Real Academia Española, “primer instante del ser de algo”¹⁵¹. Otra definición de principio que nos otorga el diccionario es la de “norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta”¹⁵². Pareciera ser este el sentido que nos ocupa.

Cuando hablamos de principios, por tanto, estamos hablando de un estándar fundamental que motiva o, dicho de otro modo, constituye la causa primigenia de un pensamiento, acción o conducta determinada.

Este estándar fundamental tendrá diversas aplicaciones según el área o ámbito en el que se manifieste¹⁵³.

¹⁵⁰ Diccionario Esencial Latino-Español, editorial Larousse, 3º edición Pág. 357.

¹⁵¹ Diccionario de la Real Academia Española [En línea] <http://lema.rae.es/drae/?val=principio> [Consulta miércoles 12 de noviembre de 2014]

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ No podemos dejar de mencionar una de las definiciones más brillantes del concepto de principio que ha otorgado la filosofía jurídica contemporánea, y que corresponde a Ronald Dworkin, quién, en contra de la posición positivista, reconoce que el sistema jurídico está compuesto no solo de normas jurídicas, sino que además, de principios. Y define principio precisamente como “un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”. DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*. Traducción Marta Guastavino. Editorial Ariel, Barcelona, 1989. Pág. 72.

Así, la autonomía de la voluntad, como hemos visto a lo largo de este trabajo, es un principio que incide tanto en el ámbito moral - cuando pensamos en su aplicación como principio supremo de la moralidad en la ética kantiana, – como en el ámbito jurídico – cuando se manifiesta a través de normas jurídicas -.

Esta dualidad del principio de la autonomía de la voluntad nos lleva a distinguir entonces entre dos clases de principios, los principios morales y los principios jurídicos.

Los principios morales, son expresiones de la moralidad, esto es, de un sistema normativo que tiene determinadas características particulares: a) interioridad (ocurre dentro del fuero interno del sujeto), b) autonomía (el autor de la norma moral es el mismo que debe cumplirla), c) incoercibilidad (el deber moral no puede ser exigido), d) unilateralidad (las normas morales solo obligan al sujeto autor de ellas) ¹⁵⁴. Un principio moral podría ser el deber de “amar al prójimo como a uno mismo”. Si bien el principio moral manda imperativamente que se efectúe o realice una conducta, no puede ser exigible dicho deber de forma coactiva, en otros términos, no existe sanción normativa para su inobservancia.

Como bien señala Hans Kelsen:

¹⁵⁴ BASCUÑAN VALDÉS, Antonio, Manual de Introducción al Derecho, Tomo III. Colección de Manuales Jurídicos nº 13, 1969. Págs. 27-32

“ El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo” ¹⁵⁵

Un principio jurídico o de derecho¹⁵⁶ , en tanto, debe ser entendido como parte integral de un ordenamiento jurídico: “un estándar normativo que se caracteriza

¹⁵⁵ KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 4^o edición, 2005. Pág. 65

¹⁵⁶ El diccionario de la Real Academia Española ofrece una definición: “1. m. Der. Norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales” [En línea] <http://lema.rae.es/drae/?val=principio> [Consulta miércoles 12 de noviembre de 2014]

por cuatro rasgos fundamentales: (a) presupone otras reglas; (b) se dirige al aplicador; (c) indica como usar reglas, colmar lagunas etc. Y (d) tiene una neutralidad tópica en el sentido de que acusa una cierta indiferencia de contenido”¹⁵⁷. Un claro ejemplo es el principio jurídico que proscribe el enriquecimiento sin causa, o aquel que señala que “nadie puede aprovecharse de su propio dolo”. Estos principios jurídicos son informadores de derecho en la medida que constituyen verdaderos estándares de aplicación, y aún más, pueden incluso identificarse con la norma o estar contenidos en ella.

Tal situación podemos apreciarla claramente en la Ley 20.680, publicada el 21 de junio del año 2013, y que vino a modificar nuestro Código Civil en lo referente a los derechos y obligaciones entre padres e hijos, el cuidado personal y la patria potestad, incluyendo expresamente un principio jurídico en el inciso primero del artículo 224, denominado, de la corresponsabilidad:

“Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el *principio de corresponsabilidad*, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o

¹⁵⁷ Señala el autor que debemos a Carrió “uno de los análisis más pormenorizados de la polisemia de principio”, distinguiendo al menos once usos de la expresión principio jurídico. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, Principios y Positivismo Jurídico, El no positivismo principalista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998. Pág. 48.

separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos."

La norma explícitamente hace referencia a un principio – el de corresponsabilidad -, ofreciendo además una definición adecuada del mismo. Lo interesante es, precisamente, que en caso de incumplimiento de la obligación que apareja la norma, se puede invocar en sede procesal este estándar normativo toda vez que tiene sustrato legal. Por tanto, los principios jurídicos se tornan obligatorios cuando una norma legal se remite a ellos. Al respecto sostiene nuevamente Kelsen que:

“Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica”¹⁵⁸

El principio jurídico de la autonomía de la voluntad, sin embargo, no se expresa de forma sistematizada como hemos visto, y tampoco encuentra directa mención en nuestra legislación. Es, por tanto, lo que se denomina como principio informador del derecho. Señala Carlos Ducci, que “existen ciertos

¹⁵⁸ KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 4º edición, 2005. Pág. 45.

principios fundamentales en nuestro derecho privado que informan desde instituciones hasta soluciones específicas de casos puntuales, pero cuya filosofía es concordante especialmente en los diversos aspectos del Código Civil. Algunos de estos principios no están formulados en una norma precisa, pero si bien el principio no está directamente expresado, partiendo del raciocinio implícito en diversas normas se elabora en forma inductiva el principio general. Es el proceso que muchos autores han llamado de determinación”¹⁵⁹.

Así ocurre respecto al principio - jurídico - de la autonomía de la voluntad. Es una construcción doctrinaria que tiene como base normas jurídicas específicas.

En la ética kantiana en cambio, la autonomía de la voluntad se expresa y manifiesta de forma original, al constituir como hemos visto a lo largo de este trabajo, el principio supremo de la moralidad, que se traduce en la libertad del individuo racional de actuar conforme a su propia voluntad según máximas que pueda querer se conviertan en leyes de carácter universal, siendo a la vez, un legislador dentro de un reino de fines. Esto tiene perfecta concordancia dentro del sistema moral propuesto en la fundamentación y, no queda duda alguna, que la autonomía de la voluntad constituye un principio moral dentro de una estructura ética determinada.

¹⁵⁹ DUCCI, Carlos, Derecho Civil parte general, 4^o edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, 2000. Pág. 23.

Sin embargo, cuando pensamos en la autonomía de la voluntad como principio jurídico, no podemos sino retrotraernos al trabajo de Kant, dado que es la fuente teórica dónde se forja y manifiesta expresamente la autonomía de la voluntad (es, siguiendo la definición estricta de principio, el origen o comienzo del mismo), mas con un grave inconveniente: no se puede asimilar al sistema normativo un concepto eminentemente ético que solo puede entenderse dentro de un sistema moral sin que este – el principio - pierda gran parte de su contenido esencial.

Es un error de interpretación. Cuando pensamos en un sistema moral y un sistema jurídico, nos encontramos con estructuras normativas independientes que funcionan de forma paralela entre sí. Cada uno de estos sistemas tiene sus propias pautas y estándares de creación y aplicación definidas. La autonomía de la voluntad, por tanto, no puede ser partícipe de ambos sistemas. No existen dos aspectos – moral y jurídico – de la autonomía. Y aún en el caso de adoptar la postura de Dworkin, de que los principios, sin distinción, son efectivamente expresiones de la moralidad, la aplicación jurídica de la autonomía de la voluntad estaría basada en un supuesto erróneo, cual es la equívoca interpretación de los postulados de la ética kantiana, que influyó de manera decisiva en el futuro desarrollo y sustento del principio en su versión normativa.

Por tanto la dualidad del principio es meramente aparente: la autonomía de la voluntad exclusivamente puede ser comprendida como principio supremo de la moralidad en la ética kantiana.

ii.- Del paso de la autonomía de la voluntad desde la ética kantiana al derecho.

Señala Manuel Somarriva, que “es un fenómeno comprobado en materias legales, que los principios jurídicos no permanecen aislados, sino que, generalmente, ellos son una consecuencia de otros postulados”¹⁶⁰.

Al estudiar el principio de la autonomía de la voluntad dentro de nuestra legislación, y más específicamente circunscrito en el campo del derecho privado, observamos que el estudio del mismo gira en torno a una construcción doctrinaria artificial, que tiene como punto de partida el denominado dogma de la voluntad. Esta construcción, sin embargo, ha sido una errónea interpretación de los postulados de Immanuel Kant, que encuentran origen en la fundamentación de la metafísica de las costumbres como se manifestó en el punto anterior.

¹⁶⁰ SOMARRIVA, Manuel, Algunas consideraciones sobre el principio de la Autonomía de la Voluntad. EN: TAVOLARI, Raúl, Doctrinas esenciales, Derecho Civil, Acto Jurídico. Revista de Derecho y Jurisprudencia, edición bicentenario, Editorial Jurídica de Chile, 2010. Pág. 84.

Es así, que el profesor Carlos Pizarro Wilson, en un excelente artículo publicado en la Revista Chilena de Derecho, se centra en el artículo 1545 del Código Civil para refutar la tesis que propugna darle carácter fundante al principio de autonomía de la voluntad como causa de la fuerza obligatoria del contrato. Este precepto, como expusimos en el capítulo segundo, inspirado en su símil francés, recoge según la doctrina nacional toda la fuerza de la declaración de voluntad, como consecuencia de ello se suele presentar en doctrina como una de las expresiones más lúcidas del principio de la autonomía de la voluntad.

Señala Pizarro, sin embargo, que “la hipótesis según la cual la autonomía de la voluntad sería un principio fundamental de la codificación que explica la fuerza vinculante del contrato es el resultado de una hermenéutica equivocada de la doctrina francesa a fines del siglo XIX. La filosofía kantiana y el liberalismo económico, a la moda en esa época, influyeron de manera importante en la doctrina francesa que otorgó a la autonomía de la voluntad el rango de fundamento único del derecho de los contratos”¹⁶¹.

Es más, Domat, en quién se inspira el artículo 1134 del *Code* francés que sirve de modelo al actual artículo 1545, “no reconoce a la autonomía de la voluntad el

¹⁶¹ PIZARRO WILSON, Carlos. 2004. “Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del artículo 1545 del Código civil chileno”, en Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 31, no. 2. Pág. 226.

valor de fundamento de la fuerza obligatoria del contrato”¹⁶² y tampoco le otorga la calidad de principio a la autonomía de la voluntad. Señala Pizarro, citando la obra de Bürge, que de hecho el concepto mismo de autonomía de la voluntad en la lengua francesa recién se comienza a utilizar en la década del 30’ del siglo XIX.

Será, la construcción del principio jurídico de la autonomía de la voluntad, en definitiva, una errónea interpretación de los teóricos franceses que a fines del siglo XIX asimilaron los postulados de la ética kantiana a la doctrina jurídica:

“De ahí que señalar la filosofía kantiana como el origen de la doctrina jurídica de la autonomía de la voluntad no deje de ser una afirmación en contradicción con la historia de la ideas, producto de su vulgarización en la enseñanza de la filosofía en Francia. Sin embargo, Fouillé en su obra *L’idée moderne du droit*, reconoce en la obra de Kant a la autonomía de la voluntad el carácter de fundamento del derecho positivo. Este fue, al parecer, el primer paso, algo confuso y vago, para configurar el desliz desde la concepción kantiana de la autonomía de la voluntad hacia el dogma jurídico que servirá de fundamento a la fuerza obligatoria del

¹⁶² *Ibidem*.

contrato, desconociendo la distinción fundamental entre la regla moral y la regla jurídica”¹⁶³.

En nuestro país la doctrina en torno al principio de la autonomía de la voluntad es reciente. Aparece por primera vez en la obra de Claro Solar, como expone Pizarro, quién por cierto – Claro Solar – hacía una distinción entre la autonomía de la voluntad y la libertad contractual para explicar la fuerza obligatoria del contrato.

Será la doctrina venidera, desde Somarriva en adelante, que comenzará a identificar el artículo 1545 con el principio de la autonomía de la voluntad, relacionándolo además, como el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato.

En ese sentido Pizarro:

“Como puede observarse solo en el siglo XX la doctrina nacional comienza a utilizar la expresión autonomía de la voluntad y la amalgama entre esta y la fuerza obligatoria del contrato aparece por primera vez en la obra de Alessandri, confusión que tiene su origen en una lectura

¹⁶³ PIZARRO WILSON, Carlos. 2004. “Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del artículo 1545 del Código civil chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 31, no. 2. Pág. 231.

descuidada y descontextualizada de la doctrina francesa de los primeros decenios del siglo XX. Esta confusión está presente en la civilística contemporánea”¹⁶⁴

Así las cosas, si bien Pizarro se refiere exclusivamente al artículo 1545 para refutar el principio de la autonomía de la voluntad, nosotros pensamos que toda atribución normativa que pretenda ver en el principio de la autonomía de la voluntad su fundamento intrínseco, es errónea, debido a que se sustenta en una errónea interpretación del sistema moral propuesto por Kant.

Por esta razón, posiblemente, los autores italianos, conscientes de la vaga e imprecisa utilización de la autonomía de la voluntad como principio jurídico, adoptaron el concepto de autonomía privada, que identificaron a su vez como una potestad que el derecho mismo reconoce a los particulares para regular sus propios intereses. Esto marca una sustancial diferencia, no solo terminológica sino además conceptual, respecto a la incorporación del principio de la autonomía de la voluntad, evitando malas interpretaciones del que es, sin duda, un principio eminentemente moral que solo puede ser entendido a cabalidad dentro de la ética kantiana.

¹⁶⁴ Op.Cit. Pág. 235.

iii.- La autonomía de la voluntad hoy.

Don Arturo Alessandri Rodríguez, en el año 1940, dictó una conferencia en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, a propósito de la nueva etapa que cursaba en aquel entonces el principio de la autonomía de la voluntad, etapa, en la que el principio veía reducido su marco de actuación debido a la introducción de nuevas instituciones jurídicas que afectaban considerablemente un aspecto esencial de esta, la libertad contractual.

Dice, sabiamente Alessandri, que:

“El Derecho es una ciencia social y por lo mismo, cambiante y evolutiva. Sólo las legislaciones muertas permanecen estacionarias. A medida que las necesidades se transforman, las instituciones deben también transformarse. A nuevas necesidades, nuevas instituciones.”¹⁶⁵

¹⁶⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, Conferencia pronunciada en el Aula de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile el 7 de Noviembre de 1940. Versión taquigráfica de don Carlos R. Weiss. [En línea]

Es así como el principio de la autonomía de la voluntad, otrora en la cúspide dogmática, comenzó a ver su declive en la década de los 40'; el ocaso del individualismo jurídico, y con ello, la reducción de la libertad contractual,.

Más, como el derecho evoluciona en un proceso cíclico de constante renovación, el principio de la autonomía de la voluntad no es ajeno a esta mutabilidad, y vive actualmente una nueva etapa de resurgimiento.

A pesar, como hemos dejado de manifiesto durante este tercer capítulo en sus dos puntos anteriores, que nos oponemos y mostramos reticentes a considerar el principio de la autonomía de la voluntad como fuente normativa, y como principio informador de derecho, es una realidad insoslayable que la atribución al mismo como origen inspirador de nuevas leyes es bastante tentadora. Es posible que la mala interpretación del principio se haya disuelto en el conformismo jurídico de atribuir toda expresión de la libertad individual a sus dominios.

<<http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/4164>>
[Consulta jueves 13 de noviembre de 2014].

Pero haciendo salvedad de esta crítica, o considerando forzosamente la autonomía de la voluntad como principio jurídico informador del derecho, mencionaremos someramente las nuevas instituciones en las que se piensa ver su influencia.

Por de pronto, la autonomía de la voluntad se ha introducido en materias que, dada la importancia social de las mismas, veían limitada la intrusión de la voluntad particular en su regulación.

Ejemplo de ello, son las normas relativas a derecho de familia, que como bien señala Ramos Pazos, “son normas de orden público, y como tales imperativas, inderogables. Es la ley únicamente, y no la voluntad de las partes, la que regula el contenido, extensión y eficacia de las relaciones familiares”¹⁶⁶. Sin embargo, esta situación se ha ido transformando en el tiempo reciente al permitir el concurso de voluntades en la regulación de determinadas materias de familia. .

Claro ejemplo es la actual ley 20.680, ya mencionada al hablar de la incorporación expresa de un principio (de la corresponsabilidad), que faculta a los padres para llegar, voluntaria y libremente, a un acuerdo en cuanto al cuidado personal de los hijos.

¹⁶⁶ RAMOS PAZOS, René, Derecho de Familia, Tomo I. 6^o edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, 2007. Pág. 16.

Otro ejemplo similar es posible encontrar en la ley 19.947, de matrimonio civil, publicada el 17 de mayo del año 2004, que introduce las figuras jurídicas de los convenios regulatorios, verdaderos acuerdos en virtud de los cuales los cónyuges, ante una ruptura del vínculo matrimonial, pueden regular temas relativos al régimen de bienes, alimentos, relación directa y regular y cuidado personal respectivamente.

Por último, cabe mencionar el procedimiento de mediación familiar, que si bien es obligatorio tratándose de ciertas materias (alimentos, cuidado personal y relación directa y regular), reviste además el carácter de procedimiento voluntario, pudiendo las partes acudir ante tercero imparcial de forma libre y voluntaria para la solución de sus conflictos que tengan relación a materias sujetas a mediación familiar ¹⁶⁷.

Ahora bien, encontramos manifestaciones del principio de la autonomía de la voluntad incluso fuera del derecho privado. Un interesante ejemplo es el relativo a las convenciones probatorias en materia procesal penal.

Establece el artículo 275 del Código Procesal Penal, qué:

¹⁶⁷ A estos efectos, la ley 20.286, que vino a modificar la ley 19.968 sobre tribunales de familia, estableciendo en el título V lo concerniente a mediación familiar.

“Durante la audiencia, el fiscal, el querellante, si lo hubiere, y el imputado podrán solicitar en conjunto al juez de garantía que de por acreditados ciertos hechos, que no podrán ser discutidos en el juicio oral. El juez de garantía podrá formular proposiciones a los intervinientes sobre la materia.

Si la solicitud no mereciere reparos, por conformarse a las alegaciones que hubieren hecho los intervinientes, el juez de garantía indicará en el auto de apertura del juicio oral los hechos que se dieren por acreditados, a los cuales deberá estarse durante el juicio oral”.

Esto es, un acuerdo de voluntades mediante el cual los intervinientes dan por acreditados determinados hechos que se excluirán de discusión en el juicio oral.

Aún más evidente es el caso de las salidas alternativas como vía de solución de conflictos penales, y que de igual forma revisten el carácter de acuerdos, ya sea entre el fiscal y el imputado, tratándose de la suspensión condicional del procedimiento, o entre la víctima y el imputado, tratándose de los denominados acuerdos reparatorios.

A saber, el artículo 237 del Código procesal penal establece:

“El fiscal, con el *acuerdo* del imputado, podrá solicitar al juez de garantía la suspensión condicional del procedimiento”

Y, el artículo 241, más evidente al mencionar expresamente el termino convención:

“El imputado y la víctima podrán *convenir* acuerdos reparatorios, los que el juez de garantía aprobará, en audiencia a la que citará a los intervinientes para escuchar sus planteamientos, si verificare que los concurrentes al acuerdo hubieren prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos”

Hay múltiples ejemplos dentro de la legislación actual que podemos atribuir como manifestación del principio de la autonomía de la voluntad. Así, por ejemplo, las nuevas formas de contratación electrónica¹⁶⁸.

Tal como señalaba Alessandri en el año 1940, el derecho es esencialmente cíclico. En algunos años más el principio de la autonomía de la voluntad y sus

¹⁶⁸ A propósito, un completo artículo de la abogada Paula Silva Barroilhet, titulado “Autonomía de la Voluntad, Contratación Electrónica y Protección del consumidor” [En línea] <<http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/view/10664>> [Consulta sábado 15 de noviembre de 2014].

incidencias jurídicas, será materia de una nueva revisión a la luz de los acontecimientos actuales.

CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo, hemos expuesto de forma comparada y sistematizada el principio de la autonomía de la voluntad. En primer lugar, indagamos en su formulación originaria estudiando para ello la Fundamentación de la metafísica de las costumbres de Immanuel Kant, para continuar su análisis normativo dentro del sistema jurídico, circunscribiendo su estudio específicamente al derecho privado, cuya función consiste precisamente en regular las relaciones jurídicas que gobiernan a los particulares entre sí, otorgándoles libertad para la consecución de sus propios intereses pudiendo hacer todo aquello cuanto no esté prohibido.

La autonomía de la voluntad, como principio supremo de la moralidad en la ética kantiana, despliega todo su contenido al entenderse como parte de una estructura moral que pretende la consolidación de un sistema universal. Los individuos son autónomos al ser agentes racionales y libres, estando facultados

para adoptar voluntariamente máximas o principios subjetivos que puedan regir para todos y cada uno de los individuos.

Esta idea, atractiva teóricamente, conjuntamente con la exageración del individualismo imperante durante el siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, influyó de manera decisiva en la precipitación dogmática de adoptar el principio de la autonomía de la voluntad al sistema de derecho privado.

Mas, bajo un estricto análisis, lo que jurídicamente se considera expresión de la voluntad particular no es sino una permisón tácita de la ley o una indirecta remisión a ella. Y el principio de la autonomía de la voluntad, que dentro de un sistema moral se adecua perfectamente a las características del mismo, pierde su cometido al ser extrapolado a un sistema que se singulariza fundamentalmente por su bilateralidad, heteronomía y coercibilidad, como es el sistema jurídico.

Se ha afianzado en la doctrina, sin embargo, el estudio del principio manteniendo el error interpretativo, considerándolo aún como fundamento de normas jurídicas específicas y obviando la imposibilidad de aplicación estricta del mismo dada su pertenencia a un sistema moral.

Por este motivo, esperamos que la exposición comparada en este trabajo del principio de la autonomía de la voluntad entre la ética kantiana y el derecho, cumpla con la finalidad de esclarecer el estudio y completar el vacío dogmático en el entendimiento de uno de los principios más recurrentes de la doctrina nacional. Citando al estagirita, “amicus Plato, sed magis amica veritas”.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo, Derecho Civil primer año, Título preliminar de los Actos Jurídicos y de Las Personas, versiones taquigráficas tomadas en clases, 3º edición. Editorial Zamorano y Caperán, Santiago, 1941
2. BASCUÑAN VALDÉS, Antonio, Manual de Introducción al Derecho, Tomo III. Colección de Manuales Jurídicos no 13, Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, 1969.
3. BEAUCHAMP, Tom y CHILDRESS, James, Principios de ética biomédica, Editorial Masson, 2002.

4. BETTI, Emilio, Teoría general del negocio jurídico, 2º edición. Traducción de A. Martín Pérez, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
5. DARWALL, Stephen. The value of autonomy. Ethics, 116, 2006. Pág. 264. [En Línea]
<http://www.yale.edu/darwall/The%20Value%20of%20Autonomy.pdf>
[Consulta viernes 10 de octubre de 2014].
6. DARWALL, Stephen. The Oxford Handbook of Ethical Theory, Oxford University Press, 2006.
7. DUCCI, Carlos, Derecho Civil parte general, 4º edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, 2000.
8. DWORKIN, Ronald, Los Derechos en Serio. Traducción Marta Guastavino. Editorial Ariel, Barcelona, 1989.
9. FERRI, Luigi, La Autonomía Privada, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid 1969.

10. FLUME, Werner, El Negocio Jurídico, Parte general del derecho Civil, tomo segundo, traducción de José María Miquel González y Esther Gómez Calle, 4º edición, Fundación Cultural del Notariado, 1992.

11. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, Principios y Positivismo Jurídico, El no positivismo principalista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

12. HILL, Thomas, The Oxford Handbook of Ethical Theory, Oxford University Press, 2006.

13. HOBBS, Thomas, Leviatán, traducción de Manuel Sánchez Sarto, México D.G: Fondo de Cultura Económica, 1940.

14. KANT, Immanuel, Crítica a la razón práctica. Traducción de Manuel García Morente. Conclusión. Salamanca, editorial Sígueme, 2002.

15. KANT, Immanuel, Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Traducción Luis Martínez de Velasco. Madrid, editorial Espasa, 2001.

- 16.KANT, Immanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Traducción de Manuel García Morente. Buenos Aires, Editorial El Ateneo, 1951.
- 17.KANT, Immanuel. Metafísica de las costumbres. Madrid, editorial Tecnos, 1999.
- 18.KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 4^o edición, 2005.
- 19.KORSGAARD, Christine M. 1985. Kant's formula of universal law. Pacific Philosophical Quarterly 66, Pág. 1 [En Línea]
<http://dash.harvard.edu/handle/1/3201869> [Consulta martes 23 de septiembre]
- 20.LEÓN HURTADO, Avelino, La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos. Editorial Universtaria S.A.
- 21.LÓPEZ CASTELLÓN, Enrique, Rousseau o la racionalización de la vida en sociedad. Estudio preliminar En: ROUSSEAU, Jean-Jacques, El Contrato Social, traducción de Enrique López Castellón, editorial M.E. Editores, 1993.

22. LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, Los Contratos, parte general, Tomo I, 4º edición revisada y ampliada. Editorial Jurídica de Chile, 2005
23. MCNAUGHTON, David y RAWLING Piers. The Oxford Handbook of Ethical Theory, Oxford University Press, 2006.
24. MEZA BARROS, Ramón, Manual de Derecho Civil, De las fuentes de las obligaciones. Tomo I, 9º edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 15.
25. MILL, John Stuart, “Sobre la libertad”, traducción de Pablo de Azcarate, 5º reimpresión, editorial Alianza, Madrid, 1988. Pág. 65.
26. PIZARRO WILSON, Carlos. 2004. “Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del artículo 1545 del Código civil chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 31, no. 2. Pág. 231.
27. RAMOS PAZOS, René, De las Obligaciones, Editorial LexisNexis, 1º edición, 2004. Pág. 332

28. RAMOS PAZOS, René, Derecho de Familia, Tomo I. 6º edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, 2007
29. ROUSSEAU, Jean-Jacques, El Contrato Social, traducción de Enrique López Castellón, editorial M.E. Editores, 1993.
30. SOMARRIVA, Manuel, Algunas consideraciones sobre el principio de la Autonomía de la Voluntad. EN: TAVOLARI, Raúl, Doctrinas esenciales, Derecho Civil, Acto Jurídico. Revista de Derecho y Jurisprudencia, edición bicentenario, Editorial Jurídica de Chile, 2010.
31. TAVOLARI, Raúl, Doctrinas esenciales, Derecho Civil, Acto Jurídico. Revista de Derecho y Jurisprudencia, edición bicentenario, Editorial Jurídica de Chile, 2010.
32. TIMMERMANN, Jens. VIII, 2000. The Harvard Review Of Philosophy. Pág. 41. [En Línea] <http://www.harvardphilosophy.com/issues/2000/Timmermann.pdf> [Consulta miércoles 22 de octubre de 2014].
33. TOCORNAL, María, La voluntad y el temor en el negocio jurídico. Editorial Jurídica de Chile, 1981

34. VIAL, Víctor, Teoría General del Acto Jurídico, 5^o edición actualizada y aumentada. Editorial Jurídica de Chile, 2003.

35. VODANOVIC, Antonio, Tratado de Derecho Civil, partes preliminar y general, explicaciones basadas en las versiones de clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U. Editorial Jurídica de Chile, 1998.

Sitios de Internet:

- 1.- <http://lema.rae.es> Diccionario de la Real Academia Española
- 2.- <http://plato.stanford.edu> Stanford Encyclopedia of Philosophy
- 3.- <http://www.harvardphilosophy.com> Harvard Review of Philosophy
- 4.- <http://www.legifrance.gouv.fr> Le service public de l'accès au droit
- 5.- <http://www.yale.edu/> Yale University

6.- <http://www.law.leeds.ac.uk/> School of Law, University of Leeds.

7.- <http://www.analesderecho.uchile.cl/> Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

8.- <http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/> Revista Chilena de Derecho Informático. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

9.- <http://www.bcn.cl/> Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

