

## **Índice.**

1. Introducción.

### **Capítulo I. Planteamiento del Tema.**

2. El Principio de la Autonomía de la Voluntad.
3. Diversas Perspectivas de Análisis.
4. La Perspectiva General.
5. Algunos Problemas.

### **Capítulo II. Algunos Aspectos Fundamentales.**

6. Antecedentes Históricos.
7. Definición del Principio.
8. Requisitos o Límites de la Autonomía de la Voluntad.
9. Justificación o Fundamento.

### **Capítulo III. El Principio de la Autonomía de la Voluntad en los diversos Ámbitos Jurídicos.**

10. Planteamiento del Tema.
11. Derecho Privado
12. Derecho Público. Introducción.
13. Derecho Público. Contratación Administrativa.
14. Derecho Penal.
15. Derecho Procesal. Enunciación y Nomenclatura.
16. Derecho Procesal. Actos Unilaterales.
17. Derecho Procesal. Actos Bilaterales. Mecanismos Autocompositivos.
18. Derecho Procesal. Actos Bilaterales. En Materia de Prueba.
19. Derecho Procesal. Actos Bilaterales. Otras Situaciones.
20. Otros Aspectos.
21. Síntesis y Conclusiones.

### **Bibliografía.**

## **1. Introducción.**

Tradicionalmente, desde antaño, se ha considerado al principio de la autonomía de la voluntad como un principio que solo informa el contenido de un área del conocimiento jurídico. Nos referimos al Derecho privado, especialmente al Derecho civil y comercial, en el cual la voluntad de los particulares tiene un campo de acción muy amplio, pues el autor o las partes de un acto jurídico pueden crear toda clase figuras jurídicas en virtud de su voluntad autónoma.

Sin embargo, para poder abordar este tema, debemos tener claro que lo que existe no sólo aparece frente a nosotros en forma evidente. Basta con explorar otras ramas del conocimiento del Derecho para darnos cuenta que existen numerosos casos en que la voluntad del individuo tiene un espacio para crear Derecho, produciendo efectos jurídicos.

En este trabajo, pretendemos demostrar con casos concretos, que la autonomía de la voluntad se encuentra presente en gran parte de las ramas jurídicas, dando al particular la posibilidad de producir consecuencias de relevancia jurídica no solo en el circunscrito ámbito del Derecho civil y comercial, sino también en otras áreas como por ejemplo, en actos procesales o en la contratación administrativa.

Además de esta realidad jurídica, existen fundamentos de diversa índole que permiten concluir que la autonomía de la voluntad es un principio que informa el contenido del ordenamiento jurídico en su conjunto, que puede y debe ser tratado por la Ciencia General del Derecho.

En este análisis se busca dejar de lado la concepción que establece que la autonomía de la voluntad no tiene cabida fuera del Derecho privado. En definitiva, todo este trabajo está enfocado en dar legitimidad a la labor del generalista en el estudio de este principio, el cual puede constituir un importante aporte en la aplicación e interpretación de las normas jurídicas que componen un determinado ordenamiento.

# Capítulo I

## Planteamiento del Tema.

### 2. El Principio de la Autonomía de la Voluntad.

En este punto, haremos un análisis sobre los elementos y rasgos más importantes del principio de la autonomía de la voluntad, estableciendo ciertos parámetros que nos permitan introducirnos en este tema.

Etimológicamente, la palabra **voluntad** proviene del latín voluntas-atis, y que de acuerdo al diccionario de la Real Academia Española consiste en la facultad de decidir y ordenar la propia conducta. Es la potencia del alma que nos conduce a hacer o a dejar de hacer alguna cosa.

Asimismo, la palabra **autonomía** consiste en la condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie. La autonomía permite a la voluntad funcionar en forma libre e independiente de un poder externo a ella.

Lo que se busca es determinar el rol que juega la voluntad del particular en la creación de la norma jurídica. En este sentido, la doctrina de la autonomía de la voluntad se compone de dos elementos:

- La voluntad individual tiene un rol creador en el acto jurídico, o sea, una fuerza creatriz que genera un efecto de Derecho.
- Esta fuerza creatriz de la voluntad es inicial, inherente a la naturaleza de la voluntad individual. Es esta originalidad la que constituye su autonomía (1).

La voluntad es la razón del Derecho, la causa misma del Derecho. Entre este derecho subjetivo y la voluntad, existe la razón de causa a efecto, el Derecho existe porque la voluntad, que lo ha creado, existe antes que él. El Derecho no puede ser concebido sin una voluntad que lo produzca, tomando forzosamente la forma y la extensión que la voluntad le imprime. En definitiva, la teoría de la autonomía de la voluntad supone la

---

1. Hojman Pezoa, Bernardo. Autonomía de la Voluntad y Libertad Contractual. Memoria de Grado. Santiago de Chile. Escuela de Derecho, Universidad de Chile. 1945.

existencia de derechos subjetivos concebidos como poderes originarios de la voluntad individual.

Considerada la autonomía de la voluntad como causa de los efectos de Derecho de los actos jurídicos, corresponde saber el concepto de causa.

La causa se divide en intrínseca o extrínseca. Causa intrínseca es la que forma parte del efecto. Causa extrínseca es la que influye en el ser del efecto, sin formar parte de él. La causa extrínseca se subdivide en eficiente y final. Causa eficiente es aquella de la cual nace el efecto, y causa final es la que por su bondad mueve a obrar a la causa eficiente (2).

Para los efectos de nuestra investigación, cuando decimos que la autonomía de la voluntad constituye la causa de los efectos jurídicos, nos estamos refiriendo a la causa extrínseca eficiente, o simplemente causa eficiente, toda vez que se trata del fundamento directo e inmediato de las consecuencias jurídicas que se derivan del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Hemos dicho que la fuerza creadora de la voluntad individual es originaria e inherente a esa voluntad, por consiguiente, depende de la voluntad crear los efectos de Derecho, modificarlos o extinguirlos, según le parezca.

En este contexto, si solo existe una voluntad individual, los efectos jurídicos que se producen en virtud de la autonomía de la voluntad se producen de manera unilateral, arbitrariamente, por la sola voluntad autónoma del sujeto, la cual es omnipotente. En este sentido, la fuerza creadora de la voluntad no tiene límite alguno.

Sin embargo, la coexistencia de otras voluntades individuales modifica y complica este mecanismo. Los juristas de principios de siglo, principalmente los especialistas en Derecho privado, no han reparado en las dificultades que se suscitan cuando en la producción de efectos en el ordenamiento jurídico interviene una pluralidad de voluntades (3). Solo han sustentado que las voluntades individuales son iguales y discutiendo sobre la base de esta supuesta igualdad jurídica han pasado por alto cuestionamientos que surgen a nivel práctico, principalmente en lo que dice relación con las diferencias en el poder negociador de las voluntades, no obstante la igualdad jurídica que tienen. Este es el tema de la adhesión al cual nos referiremos más adelante a propósito de algunos problemas que surgen en torno al principio de la autonomía de la voluntad. Por el momento, desde un punto de vista estrictamente jurídico, decimos que, por regla general, las partes están en posición de igualdad pues gozan todas de las mismas facultades jurídicas a la hora de negociar y producir efectos en virtud de su voluntad autónoma.

---

2, 3. Hojman Pezoa, Bernardo. Autonomía de la Voluntad y Libertad Contractual. Memoria de Grado. Santiago de Chile. Escuela de Derecho, Universidad de Chile. 1945.

Toda relación jurídica está destinada a producir efectos en un ordenamiento jurídico, dichas consecuencias están constituidas por los **derechos subjetivos** que nacen a raíz de esta relación, es decir, las prerrogativas que el individuo adquiere, cuyo ejercicio generalmente está destinado a la satisfacción de una necesidad.

Pero de las relaciones que se derivan del ejercicio de la autonomía de la voluntad no solo nacen derechos subjetivos, sino que también surgen a la vida del Derecho **deberes jurídicos**, que consiste en que el sujeto de la relación se encuentra en la necesidad jurídica de realizar determinada conducta, a título de contrapartida a la facultad que dicho vínculo genera.

La voluntad autónoma del individuo implica que los sujetos no estén sometidos al arbitrio de un tercero a la hora de crear normas jurídicas y producir consecuencias de Derecho. Sin embargo, el ejercicio de la autonomía de la voluntad trae aparejadas ciertas responsabilidades que se refieren a la faz pasiva de la relación, es decir, los deberes jurídicos que el sujeto debe cumplir como consecuencia de los actos que ejecuta, es decir, en caso de inobservancia por parte del sujeto de dichos deberes, éste debe someterse a las consecuencias desfavorables derivadas de su incumplimiento, en ello consiste la responsabilidad de quien asume obligaciones en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Con estas consideraciones podemos acercarnos en forma preliminar a una noción de lo que estamos hablando cuando nos referimos al principio de la autonomía de la voluntad y hemos dado algunas pautas para demostrar que esta materia pertenece a la ciencia general del Derecho, legitimando el estudio de este principio desde la perspectiva del generalista.

### **3. Diversas Perspectivas de Análisis.**

De acuerdo a la posición del profesor Norberto Bobbio, que compartimos, todo principio general del Derecho tiene una faceta normativa, puesto que se trata de enunciados que establecen en forma amplia y sintética el contenido de un conjunto de normas jurídicas particulares.

No obstante, detrás del contenido normativo del principio de la autonomía de la voluntad, existen distintos puntos de vista desde los cuales se puede analizar el principio que estudiamos.

Por tanto, daremos una mirada de las diversas perspectivas de corte filosófico desde las cuales podemos analizar el principio de la autonomía de la voluntad. No es nuestra pretensión hacer un estudio del principio en el campo extrajurídico, sino solo ver en otras disciplinas los eventuales puntos de contacto con nuestro objeto de estudio.

En la historia de la filosofía, el primer filósofo que introdujo la noción de autonomía de la voluntad fue **Immanuel Kant** (4), quien sostiene que la voluntad se determina desde sí misma en la acción o juicio moral, esto es, que la voluntad moral, que es una voluntad pura, es autónoma y que se da a sí misma sus propias leyes, es autolegisladora.

Para Kant, está claro que la conciencia moral y su ley no surge de algo externo al hombre. La moral no se funda ni en el mandato divino (dependencia o heteronomía teológica) ni en la consideración de los resultados que para una persona se deduzcan de la acción u otros motivos empíricos (heteronomía natural o fenoménica). La ley moral surge exclusivamente de la constitución racional del hombre, pertenece en última instancia a la conciencia que la humanidad tiene de sí misma y refleja el respeto y la consideración que el hombre o la humanidad exige para sí.

Esta postura, llevada al campo del Derecho, consistiría en que la voluntad de los particulares es libre para producir consecuencias en el orden jurídico, desvinculada de los beneficios que la relación que se origina pueda proporcionar, es decir, no está basada en imperativos hipotéticos (si quiero X, hago Y), sino en **imperativos categóricos** (hago Y), esto porque se parte de la base que la racionalidad humana necesariamente nos conduce a dirigir nuestra voluntad a tomar decisiones y adoptar soluciones justas. La voluntad autónoma del individuo es justa en sí misma toda vez que la naturaleza racional del ser humano lo conduce a actuar conforme a la ley moral y, por ende, en las normas jurídicas que nacen en virtud de la voluntad del individuo, es decir, la conciencia en sí misma es justa por tener su origen en la racionalidad de las personas.

Si bien la posición kantiana conserva importancia en la filosofía, consideramos que la voluntad autónoma del individuo no necesariamente y por el solo hecho de provenir de un ser racional, es justa. Lo que ocurre, al menos en el campo jurídico, dice relación con la constitución de actos que para su autor es conveniente para la máxima satisfacción de sus intereses y en el caso de los actos jurídicos bilaterales, se busca llegar a un acuerdo que acerque las posiciones de las partes y en las cuales ambas partes ceden a favor de la satisfacción de sus intereses que son contrapuestos. En este sentido, podemos decir que la autonomía de la voluntad en el Derecho, tiene rasgos filosóficos que se acercan más a las posturas pragmatistas.

En la evolución de la filosofía se ha referido a este tema también **Arthur Schopenhauer** (5), quien dice que toda voluntad es voluntad de algo, tiene un objeto, un fin de su querer. Todo acto aislado de voluntad de un individuo consciente acusa

---

4. Kant, Immanuel. Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres. Traducción de Manuel García Morente. Madrid. Editorial Calpe. 1921.

5. Schopenhauer, Arthur. El Mundo como Voluntad y Representación. Traducción de Pilar López de Santamaría. Madrid. Editorial Trotta. 2003.

necesariamente un motivo sin el cual el acto no se produciría.

Sin embargo, la voluntad misma, la cosa en sí, carece de causa por estar situada fuera del dominio del principio de razón, es decir, la voluntad o el querer comprendido por sí solo no necesita motivo alguno, lo que si requiere una motivación es un acto concreto y para cada caso particular.

Lo que plantea Schopenhauer, está vinculado al idealismo kantiano en relación a que la voluntad entendida como un concepto abstracto se basta a sí misma, puesto que se trata de una aspiración sin término, desvinculada de todo fin y límite. La voluntad sabe siempre, cuando el entendimiento lo asiste, lo que quiere en un momento y un lugar determinado, pero nunca lo que quiere en general, cada acto concreto tiene su fin, pero la voluntad en general no tiene ninguno.

Esto significa que los actos humanos están provistos de un determinismo, ya que nuestras manifestaciones de voluntad están definidas por leyes a priori y objetivas que rigen el mundo, el universo, con todo lo que encierra, los cuales están fatalmente impuestos por la marcha de las cosas, determinada rigurosamente por la causalidad. Plantea este autor, que la voluntad debe ser dotada de aseidad, porque siendo libre como cosa en sí, no sujeta al principio de razón, no puede depender de ninguna otra cosa, ni en su existencia y esencia, ni en sus procedimientos. Todo ser, sin excepción, obra fatalmente, pero existe y es como es, en virtud de su libertad.

A nuestro entender, el determinismo que postula Schopenhauer es totalmente contrario a la autonomía de la voluntad, puesto que no resulta congruente decir por una parte que la voluntad del individuo existe en virtud de su libertad, y por otra decir que dicha voluntad está sujeta a leyes objetivas y a priori que indefectiblemente nos conducen a la realización de determinadas conductas. Precisamente la autonomía de la voluntad consiste en autodeterminar nuestra conducta asumiendo las consecuencias que de dicho actuar se derivan, sin sujeción a ninguna otra voluntad.

Esta postura es susceptible de la misma crítica que la postura idealista de Kant, toda vez que la conducta humana no está determinada, ni es justa en sí misma. Los actos humanos son susceptibles de ser calificados de justos o injustos de acuerdo a la concepción que cada cual tenga de la idea de justicia, que no es uniforme en el tiempo y espacio, lo cual no necesariamente se traduce en la justicia de las normas jurídicas que nacen en virtud de este principio.

Otro filósofo que se refirió a esta materia fue **Georg Hegel** (6), quien dice que el hombre busca y crea en el pensamiento su libertad y el fundamento de la ética. Sin embargo, esta libertad que el hombre posee y determina su actuar, caen en un contenido sin razón, si únicamente posee valor efectivo para el pensamiento.

---

6. Hegel, Georg. La Filosofía del Derecho. Barcelona. Editorial Claridad. 1821.

El hombre es libre, solo en la medida que discrepe de lo que es reconocido y aceptado por voto universal y sepa crearse una realidad singular que le autodetermine a dirigirse.

Esta idea de la libertad, constituye un papel fundamental en el desarrollo del derecho individual, y el hombre, como sustancia ética de la sociedad civil, solo desarrolla todo su devenir, en base a la libertad. Libertad no es un concepto límite en Hegel, sino es la misma autoconsciencia que se determina a obrar y moldear el contenido de su voluntad.

La persona, el sujeto individual, consciente de su libertad ha de dar expresión exterior de su naturaleza como espíritu libre. Ha de darse una esfera externa de libertad. Así pues, la libertad es el principio primero y unitario de cada individuo como parte del Estado, y la ciencia del Derecho parte de la libertad en su despliegue dialéctico.

Introduce Hegel, también el concepto de propiedad, vinculado directamente con un acto de voluntad. Por naturaleza una persona se convierte en dueño de una cosa, no por un mero acto interno de voluntad, sino por la apropiación efectiva que el sujeto hace sobre la cosa, ejerce naturalmente toda su voluntad en esta cosa.

Para Hegel, la voluntad introduce en su esencia todos los aspectos de la realidad, y es autoconsciente, la idea pensada del bien se realiza en la voluntad, y se refleja también en ella. La idea de su existencia universal en sí y para sí, constituye la ética.

La crítica que se puede formular a los planteamientos de Hegel en relación al tema que nos ocupa, consiste en que si bien ellos están vinculados directamente a la filosofía del Derecho, su planteamiento estrictamente jurídico está orientado a la formación y conducción del Estado y al carácter preferentemente exterior de las normas jurídicas en general. Las posturas que dicen relación con la autonomía de la voluntad, si bien pueden ser extrapoladas al campo jurídico, están más relacionadas con la ética, pues plantea que la idea del bien a las que las personas deben aspirar, toma su concreción en la voluntad del individuo, sin perjuicio de lo cual sus ideas tienen cabida en nuestro objeto de estudio por la vía de la interpretación, puesto que la facultad que tienen los particulares para crear normas jurídicas en virtud de su voluntad, también tiene su fundamento en la naturaleza racional del ser humano.

#### **4. La Perspectiva General.**

Como punto de partida en este apartado, es necesario develar si la autonomía de la voluntad es un principio general del Derecho, o bien, se trata solo de un enunciado cuyo contenido no tiene los caracteres propios de un principio general.

Todo principio general del Derecho debe poseer ciertos rasgos para ser calificado de tal, ellos deben estar referidos, en mayor o menor medida, a la totalidad del ordenamiento jurídico y no apuntar un sector restringido, como algunos que existen en el seno limitado de las ramas jurídicas.

Entonces, la tarea en este punto es dar un concepto de lo que vamos a entender por principio general del Derecho, con el objeto de confrontarlo con el principio que estudiamos y descubrir si la autonomía de la voluntad tiene la amplitud suficiente para ser desarrollado por el generalista.

Podemos decir que los principios generales del Derecho son enunciados lógicos que comprenden, en principio, el contenido de un ordenamiento jurídico determinado, extraídas de un conjunto de normas positivas que regulan ciertas materias, pero que son independientes de ellas, y que una vez consagrados y reconocidos como tales tienen la virtud de informar el contenido básico y abstracto de ciertas y determinadas instituciones (7).

Queremos dejar claro que el concepto esbozado anteriormente, necesariamente adscribe a una corriente de pensamiento específica que es aquella que proviene del positivismo jurídico y de su tesis a través del método inductivo. Para construir una definición en esta materia es indispensable tomar una posición, pues no existe una postura neutra al respecto, sin perjuicio de la plausibilidad de las otras posturas doctrinales que establecen lo que debemos entender por principios generales del Derecho bajo otros fundamentos. La verdad el tema es muy amplio y, en definitiva, polémico.

En definitiva, los principios generales del Derecho se obtienen a través de una serie de soluciones particulares en determinada materia y que se repiten en forma sistemática, llegando a un enunciado que resume lo dicho por este conjunto de reglas, utilizando el método inductivo, es decir, de los enunciados particulares de un conjunto de normas jurídicas se extrae un enunciado general que pretende tener validez en todas las situaciones en que el principio tenga cabida, el cual puede traducirse en una norma positiva que se consagra en forma expresa en el ordenamiento o se infiere implícitamente por la sola vigencia de las normas jurídicas particulares, dispersas en todas las áreas del orden jurídico.

Por medio de este proceso de inducción se busca encontrar las fórmulas más generales que cabe predicar del contenido del ordenamiento, por tanto, no toda generalización de soluciones, por ese solo hecho, es un principio general. Se trata de aquellas soluciones que constituyen el esqueleto, forma o estructura del Derecho, vale decir, la armazón lógica sobre la cual se ordenan los detalles de la composición del ordenamiento de un país determinado.

---

7. El concepto esbozado es de nuestra propia creación, elaborado en base a la investigación sobre los principios generales del Derecho.

Según Eduardo García Maynes, quien sigue la posición del profesor Norberto Bobbio, son tres los elementos básicos que debemos tener presente a la hora de confeccionar un concepto de principio general del Derecho (8):

- **El de la naturaleza:** estos principios son de naturaleza **normativa** dado que se encuentran implícitamente dentro de una legislación, aun cuando no sea de manera expresa.
- **El de la fuente:** ya que se deriva u origina de generalizaciones sucesivas a partir de los preceptos del sistema en vigor.
- **El de la validez:** estos principios encuentran su validez no por ser verdades supremas, lo cual no es absolutamente cierto, sino por ser sí de máxima generalidad y aceptación.

Con estas referencias acerca de lo que entendemos por principio general del Derecho, estamos en condiciones de hacer un parangón con el principio de la autonomía de la voluntad, tanto desde el punto de vista del concepto, como de su valor y fundamentación.

En términos generales, y sin querer dar en este momento una noción definitiva, podemos decir que la autonomía de la voluntad consiste en la facultad que tienen los particulares para crear normas jurídicas y producir consecuencias de Derecho (9). Desde esta perspectiva, el principio en estudio reúne los caracteres necesarios para catalogarlo como principio general del Derecho, toda vez que estamos frente a un enunciado que informa el contenido del ordenamiento jurídico, ya que, como se verá en el tercer capítulo de esta presentación, la voluntad autónoma de los sujetos de Derecho se manifiesta en forma transversal en muchas de las ramas que componen nuestro orden jurídico.

Desde el punto de vista del valor de los principios generales del Derecho, esto es, la carga axiológica que la gran mayoría de estos principios tiene, la autonomía de la voluntad claramente es susceptible de enunciar respecto de ella, un juicio de valor. Las personas podemos formarnos una opinión respecto de si el principio se ajusta en sí mismo a la idea de justicia que cada individuo tiene. En este sentido, tiene una alta relevancia el principio que estudiamos, puesto que podemos pensar que la autonomía de la voluntad, con las particularidades que cada caso merece analizar, es éticamente la manera más justa de creación de normas jurídicas al ser los propios intervinientes en la relación los que se obligan a través del ejercicio de su voluntad autónoma.

En relación al fundamento de los principios generales del Derecho, si bien el principio de autonomía de la voluntad no se encuentra explícitamente formulado y, por ende, su fundamento no lo encontramos en su consagración positiva, la autonomía de la

---

8. García Maynes, Eduardo. Filosofía del Derecho, p. 312-316. México. Editorial Porrúa. 1989.

9. El concepto esbozado es de nuestra propia creación, elaborado en base a la investigación sobre este tema.

voluntad encuentra su base de apoyo en el método inductivo, constituido por las diversas soluciones particulares en que las diversas ramas jurídicas recurren a la voluntad del individuo para producir consecuencias en el orden jurídico, siendo su base o fundamento no expreso, sino implícito, lo cual en ningún caso le resta legitimidad.

Con estas consideraciones, podemos afirmar que la autonomía de la voluntad es un principio general del Derecho, lo cual permite al generalista hacer una investigación y análisis en sus elementos fundamentales y que son comunes a todas las áreas de un ordenamiento jurídico determinado.

## **5. Algunos Problemas.**

El principio de la autonomía de la voluntad, como todo en el Derecho, no está exento de cuestionamientos y problemas que tienen lugar tanto en el plano teórico como a nivel práctico. Esto nos obliga a enunciar algunas situaciones y figuras jurídicas que podríamos llamar “problemáticas” y que dicen relación con ciertas materias vinculadas al tema que nos ocupa y que ponen en tela de juicio la validez y aun la eficacia del principio de la autonomía de la voluntad en relación a su fuerza para, por sí sola, producir consecuencias en el ordenamiento jurídico.

Los sujetos de Derecho, disponen de prerrogativas que el orden jurídico contemporáneo reconoce y protege. Estos derechos, que la teoría del Derecho privado califica como “subjetivos”, adquieren estatus jurídico como consecuencia del intercambio de declaraciones de voluntad. Esta facultad constituye la herramienta fundamental gracias a la cual las personas tejen las relaciones que ellas entablan con otros sujetos individuales y colectivos.

Este vínculo social continua siendo esencialmente jurídico y moral: “quien dice lo contractual dice lo justo”, tal como lo dice Jean-Francois Perrin. De hecho, sin embargo, este modelo comporta disfunciones evidentes que han sido percibidas como tales desde hace mucho tiempo. Los civilistas de comienzos del siglo XX ya eran sensibles a este hiato profundo que existió entre la ficción de la libertad contractual, por un lado, y las exigencias sociales que limitaban su ejercicio, por otro. La teoría clásica se apresuró a restaurar la pureza de los principios cuando la realidad demostraba que la autonomía de la voluntad se había ejercido en condiciones inaceptables. Protegió, sí, su libre ejercicio gracias a instrumentos conceptuales que reconocían un fundamento moral y que tenían por fin promover el uso legítimo del derecho. El principio de buena fe y la correlativa prohibición del abuso del derecho constituían válvulas de seguridad que podían ser accionadas cuando el hiato mencionado se tornaba insostenible. Parece que, a pesar de la supervivencia de la autonomía de la voluntad, no podemos limitarnos a los hermosos principios evocados más

arriba. Se han producido cambios de paradigmas y es preciso adaptar, consecuentemente, el modelo teórico (10).

Estas palabras provenientes de la sociología del Derecho, nos dan cuenta de algunos cuestionamientos que se producen en torno al carácter autónomo de la voluntad a la hora de ser ejercida por el individuo.

Este problema se sitúa en el contexto en el cual la voluntad es manifestada por dos partes cuyos intereses son contrapuestos, es decir, cuando estamos frente a actos jurídicos bilaterales. Nos estamos refiriendo a lo que la doctrina denomina **fenómeno de la adhesión**, y que consiste en la imposición por parte de uno de los sujetos de la relación del contenido las condiciones de un acuerdo por ostentar ésta un mayor poder negociador que su contraparte, la cual solo está en condiciones de aceptar o rechazar la oferta sin poder modificar el contenido de la misma.

El fenómeno de la adhesión se produce en la gran mayoría de los casos en materia contractual, en la cual uno de las partes carece de libertad para determinar las disposiciones contractuales, ellas son fijadas por la parte que formula la oferta, la cual está en condiciones de hacerlo por tener un mayor poder negociador. En este caso, la contraparte puede o no consentir en el contrato o adherir a él. Si adhiere al contrato, debe aceptar las condiciones del mismo sin poder modificar las cláusulas del contrato. Son contratos de adhesión, por ejemplo, el contrato de seguro, el contrato de cuenta corriente bancaria y los contratos de salud con isapres.

Sin perjuicio de lo anterior, el fenómeno de la adhesión puede suscitarse en todo acuerdo en que los intervinientes del mismo tengan intereses contrapuestos y en el cual su conclusión sea fruto de una negociación y en que una de las partes reúna ciertas características fácticas que produzcan un desequilibrio en su poder negociador, no obstante la igualdad jurídica que exista.

Las partes, en principio, ejercen su autonomía de la voluntad en condiciones de igualdad, puesto que los particulares gozan de idénticas facultades para poder generar una convención, lo cual permite que la negociación sea pareja y, por tanto, se llegue a un acuerdo que sea fruto del acercamiento de las voluntades que antes del mismo, tenían pretensiones contrarias. Sin embargo, lo que se garantiza es solo una igualdad de carácter jurídica, es decir, se trata de facultades que el ordenamiento le otorga a todos los particulares en forma general, sin considerar que existen realidades fácticas que hacen que ciertos sujetos tengan un mayor poder negociador, el cual se traduce generalmente en un mayor poder económico, sin perjuicio de que puedan existir hechos de otra naturaleza que produzcan este desequilibrio en el poder negociador de las partes.

---

10. Perrin, Jean-Francois. La Autonomía de la Voluntad y Pluralismo Jurídico en Nuestros Días. Porto Alegre. Revista de Sociología, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2005.

La doctrina reconoce la existencia del fenómeno de la adhesión en aquellos casos en que la oferta presenta las siguientes características (11):

- Debe tratarse de una oferta **general**, esto es, destinada a una colectividad de contrapartes eventuales.
- La oferta debe ser **permanente**, es decir, debe mantenerse en vigencia mientras no sea modificada por su autor.
- La oferta debe ser **minuciosa**, esto es, todos los aspectos de la convención deben estar reglamentados detalladamente, aun los más hipotéticos.
- El principal rasgo, sin embargo, es el **desequilibrio en el poder negociador de las partes**.

La autonomía de la voluntad, por esta situación, se ve menoscabada puesto que los efectos jurídicos de una determinada convención no tienen genuinamente su origen en la voluntad de dos partes, sino en la imposición de solo una. Por consiguiente, la parte que en la relación tiene menor poder negociador, si bien contribuye a que el acuerdo produzca efectos de Derecho, a través de su aceptación, esa voluntad pierde autonomía toda vez que no puede intervenir en el contenido del acuerdo, que ciertamente podría haber sido más favorable para sus intereses de haber podido hacerlo.

Como consecuencia de esta falta de equivalencia de las partes, se produce el grave inconveniente de que aquella parte con mayor poder negociador establezca condiciones abusivas en la convención, también denominadas **leoninas**. Esto hace que las legislaciones reaccionen frente a este fenómeno, introduciendo ciertos mecanismos y figuras jurídicas que permitan a los sujetos que están en una situación desfavorable, retomar en diversa medida, la autonomía de su voluntad que se ve menoscabada por este fenómeno.

Una manera de solucionar en parte el problema de la adhesión es a través de la intervención de la autoridad pública, de manera que el Estado, a través de sus órganos, controle la forma, contenido y publicidad de las convenciones que confeccionan los que tienen mayor poder negociador, evitando que se introduzcan en ellas cláusulas leoninas o abusivas. Esto se da en Chile, por ejemplo, en materia de contrato de seguro, toda vez que la superintendencia de valores y seguros mantiene un registro de uso público de textos de pólizas de seguro, que realizan las compañías de seguros. Las aseguradoras no pueden hacer uso de pólizas de seguro que no hubieren sido autorizados por la superintendencia del ramo. Con esto se busca estandarizar los contratos que se ofrecerán al público por las compañías de seguros, salvando con esta homologación, los posibles abusos en los que puedan incurrir estas empresas.

---

11. Apuntes de Clases de Derecho Civil. Profesora Cecilia Orellana. Escuela de Derecho, Universidad de Valparaíso. 2005.

También existe otro mecanismo para frenar los efectos negativos que la adhesión produce. Se trata de la figura del **contrato dirigido**, que es aquel en cuya virtud el poder público organiza el contrato, regulando y estableciendo algunas de sus condiciones de las cuales no pueden apartarse los particulares. La ley fija imperativamente las cláusulas más relevantes de ciertos contratos con el objeto de cautelar los intereses de los más débiles, anticipándose al fenómeno de la adhesión, puesto que los contratantes deben vincularse por medio de un marco legal establecido el cual es irrenunciable por la voluntad de los particulares, evitando la imposición de cláusulas leoninas. Estos contratos tienen lugar, por ejemplo, en materia laboral toda vez que el contrato individual de trabajo tiene ciertas cláusulas de carácter irrenunciable, que protegen al trabajador de los posibles abusos en los que pueda incurrir el empleador.

Otra forma de paliar el fenómeno de la adhesión es a través de las normas de interpretación de las convenciones a favor de los adherentes, es decir, que se establezcan normas que establezcan el sentido o alcance de las normas que regulan las materias en que se da el fenómeno de la adhesión, favoreciendo aquella interpretación que sea más favorable al interés de aquel que en la relación tenga menor poder negociador. En nuestra legislación existen dos normas legales que establecen este criterio:

- ✓ En el Código Civil se establece una regla de interpretación de los contratos que consiste en que las disposiciones contractuales se interpretaran contra el redactor. La ley se pone en la situación que en el contrato solo una de las partes haya redactado el contenido del contrato, quedando la otra limitada a aceptar o rechazar el contrato. Si esta parte acepta se ha formado el consentimiento y por tanto, el contrato ha nacido válidamente a la vida jurídica. Sin embargo, la ley estima que si en el contrato hubo solo un redactor, sea acreedor o deudor, la ley protege a la parte no redactora frente a una posible ambigüedad, ello siempre que dicha ambigüedad haya provenido de una falta de explicación que haya debido darse por la parte que redactó el contenido del contrato (12).
- ✓ En la Ley sobre Protección al Consumidor, se establece una regla que consiste en que en los casos en que se han redactado contratos que se encuentren impresos en formularios, tendrán preferencia aquellas cláusulas que se agreguen al contenido del formulario por sobre las que ya se encuentran incorporadas en dicho formulario, cuando exista alguna incompatibilidad. En definitiva, en materia de protección al consumidor prevalece la cláusula manuscrita por sobre la prerredactada (13).

---

12. Artículo 1566 inciso 2° del Código Civil: “Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella”.

13. Artículo 17 inciso 2° Ley 19.496. D.O. 7 de marzo de 1997: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, en los contratos impresos en formularios prevalecerán las cláusulas que se agreguen por sobre las del formulario cuando sean incompatibles entre sí”.

Otra de las situaciones problemáticas que existen en torno al principio de la autonomía de la voluntad dice relación con el consentimiento de los sujetos de la relación. Es condición indispensable para que la voluntad se pueda manifestar eficazmente, que el consentimiento sea libre e informado. A primera vista las convenciones libremente suscritas constituyen aún el fundamento incontestado y definitivo de las obligaciones de cualquier naturaleza, tanto de las que surgen en el marco de las relaciones internas cuanto de las internacionales. Sin embargo, por todas partes vemos como los usuarios de servicios deben declarar haber tomado conocimiento y aceptado las condiciones generales de la prestación, lo cual casi siempre en los hechos no es efectivo por la hipertrofia normativa que existe en los ordenamientos jurídicos y además, los sistemas normativos han adquirido una complejidad que la voluntad no puede casi nunca ser suficientemente informada y libre como para apreciar las condiciones del acto.

Esta prevalencia de la voluntad como fuente de Derecho se está traspasado del campo de la realidad, al de la ficción, por ello es deber de los diversos operadores jurídicos contribuir a que la voluntad retome la autonomía que ha perdido en las últimas décadas. Se trata de un esfuerzo conjunto entre los legisladores y los propios particulares quienes tienen el deber de informarse respecto de la integridad de las consecuencias que se producen al ejercer su autonomía de la voluntad.

## Capítulo II

### Algunos Aspectos Fundamentales.

#### 6. Antecedentes Históricos.

No siempre ha ocupado la voluntad del individuo el lugar que le ha asignado el Derecho moderno. Gradualmente se ha ido admitiéndola en el campo del Derecho, primero como excepción, y por último como principio que domina por entero el Derecho privado y que tiene presencia en muchas otras ramas jurídicas. Pero para llegar al grado de desarrollo que supone la autonomía de la voluntad, se ha necesitado la obra de siglos y su proceso de formación se encuentra íntimamente ligado al desarrollo y formación de la cultura en general.

Tenemos, entonces, que remontarnos al Derecho Romano para desde ahí empezar el estudio sobre el rol que le ha correspondido a la voluntad humana en el Derecho (14). En el Derecho Romano primitivo, no había intercambio de productos y por consiguiente, tampoco había relaciones de Derecho ya que nadie necesitaba nada de lo que otro producía. Ello porque el Derecho estaba basado en una economía agraria y familiar, en que cada familia vivía con lo que sus miembros producían, cultivando la tierra y cuidando sus rebaños.

Pero este estado de aislamiento económico y por ende, aislamiento jurídico, poco a poco fue desapareciendo y empezaron a aparecer los primeros intercambios, las primeras prestaciones y las primeras relaciones jurídicas de carácter personal. Sin embargo, de inmediato esta interdependencia a que entraron los romanos entre sí, no hace que varíe en forma fundamental la mentalidad que tenían para apreciar y comprender las cosas. Conservaron aún su mentalidad materialista y aplicaron a las relaciones jurídicas que empezaban a tener, resultando con esto un carácter riguroso y formulista del incipiente Derecho Romano. Los romanos primitivos pensaban que la voluntad, por sí sola, era algo demasiado abstracto, que expone a incertidumbres. Ella no puede producir efectos, sino cuando se concreta en hechos materiales sensibles.

---

14. Llanos Medina, Artemio. El Principio de Autonomía de la Voluntad y sus Limitaciones. Memoria de Grado. Valparaíso. Escuela de Derecho, Universidad de Chile. 1944.

Es solamente entonces cuando ella presenta bastante certidumbre. Así se exige que sea manifestada por figuras sensibles, sorprendentes, determinadas o por lo menos que sea acompañada por actos materiales que caigan bajo los sentidos (15).

Por esta razón, los primeros actos jurídicos estuvieron recargados de formalismos, desde el Nexum, el primer contrato que se conoce en la historia del Derecho Romano, el cual consistía en un préstamo de dinero y estaba rodeado de numerosas solemnidades. Se pesaba simbólicamente el dinero en una balanza sostenida por el librepens a presencia de cinco ciudadanos romanos, y seguía después la nuncupatio, o sea, la expresión de las convenciones verbales, en las que contenían las disposiciones accesorias posteriores, por ejemplo, sobre el tiempo y el lugar del pago, tasa de los intereses y otros semejantes.

Posteriormente, en el Derecho de la República en Roma, encontramos una especie de contrato de las numerosas solemnidades que existían con anterioridad. Eran los contratos literales que consistían en inscribir una partida de crédito en el libro caja de un padre de familia. Esto bastaba para que con el consentimiento del deudor naciera la respectiva obligación.

Como vemos, a medida que avanza el tiempo y lo exigen las necesidades, todas aquellas numerosas fórmulas que rodeaban al primitivo contrato, desaparecen y los actos jurídicos empiezan a revestirse de una mayor sencillez. Pero el Derecho aun no le reconoce a la voluntad de las partes la autoridad suficiente para que por sí sola pueda dar lugar al perfeccionamiento de los actos jurídicos, con fuerza obligatoria. En el hecho las partes celebraban contratos que producían efectos con el solo consentimiento, pero esta manera de obligarse no estaba reconocida por el Derecho, el cual solamente en el siglo IV de Roma sancionó como contratos consensuales a la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato, marcando con ellos el comienzo de la carrera triunfal de la voluntad a través del Derecho. Pero este primer y único paso dado por el Derecho Romano después de varios siglos de existencia al darle valor a la voluntad humana fue muy reducido, pues no se asentó como un principio sino solo como algo excepcional en determinadas instituciones, sin embargo fue muy importante pues dio pie para que las civilizaciones futuras desarrollaran esta idea.

Después de la caída del Imperio Romano, en los siglos V y VI, a consecuencia de las invasiones de los bárbaros, el Derecho, como toda la civilización romana sufrió un estancamiento, y la evolución de la voluntad en el Derecho hacia una autonomía, también sufrió una paralización, a consecuencia del carácter formulista que tenía el Derecho de los invasores.

---

15. Llanos Medina, Artemio. El Principio de Autonomía de la Voluntad y sus Limitaciones. Memoria de Grado. Valparaíso. Escuela de Derecho, Universidad de Chile. 1944.

Solo en el siglo XII, en Francia, cuando el Derecho Romano empezó a renacer, desterrando al formulismo bárbaro, empezó también la voluntad a reconquistar el campo que había perdido con esos acontecimientos. Además, la influencia del Derecho Canónico con su carácter espiritual, y simultáneamente el auge del comercio, que necesitaba libertad para realizar sus transacciones, fueron factores que contribuyeron enormemente a dar a la voluntad una eficacia considerable en el Derecho.

En aquella época se hicieron consideraciones de equidad, diciendo que es injusto declarar nula una convención por simples defectos de forma, cuando el acuerdo de voluntades es cierto. Las formalidades que solamente eran las arras, el apretón de manos y el juramento, en la época a la que nos estamos refiriendo, habían perdido gradualmente su fuerza en el perfeccionamiento de los actos jurídicos. Pero no podemos encontrar en una forma definitivamente establecido el principio según el cual la voluntad por sí sola y autónomamente da lugar a la producción de efectos jurídicos, sino en el siglo XVI, época en que un autor llamado Loysel en su obra “Institutes Coutumières”, publicado en el año 1607, expresa: “tanto vale una simple promesa o convenio, como las estipulaciones del Derecho Romano” (16).

En el Derecho español, con el Ordenamiento de Alcalá, promulgado en el siglo XVI, año 1348, se alcanzó un alto grado de evolución, mucho mayor que en Francia en esa misma época, estableciendo como principio que el hombre puede obligarse en la forma que lo desee, con lo cual se destierra definitivamente el formulismo romano y bárbaro. El Ordenamiento de Alcalá, cuyo texto es muy expresivo, ha merecido a los juristas modernos preferencias sobre el sistema formulista romano.

Esta evolución lenta del formulismo primitivo hacia el carácter consensual de las convenciones, permitió la liberación de la voluntad de las formas materiales, y esta liberación es una de las condiciones básicas de la autonomía. Efectivamente, el carácter consensual de las convenciones no constituye por sí solo el principio de autonomía de la voluntad, porque aparte de ser lo consensual una manifestación solamente de este principio, tendríamos que aceptar que su existencia en una época como el Antiguo Régimen, en que todas las condiciones de la vida ciudadana eran completamente adversas a la libertad, que es la base esencial para que pueda existir la autonomía de la voluntad.

Pero es la Revolución Francesa el hito que constituye el coronamiento de esta evolución. Solamente entonces se afirma la autonomía de la voluntad como un principio que domina todo el Derecho privado y da pie para la expansión en el futuro a otras áreas del Derecho, siendo la manifestación más perfecta en el campo jurídico de la libertad en general, motivo por el cual se le ha llamado también a este principio, la libertad jurídica.

---

16. Loysel, Antoine. *Institutes Coutumières*. Edición de París. Editorial Yves Lassard. Paris. 1846.

En la filosofía de la Revolución Francesa hay una concepción bien definida del hombre individualmente considerado. Producto de esta concepción de la idea libertaria con que se juzgó a todos los actos que condujeron a la transformación orgánica de la sociedad, incluyendo dentro de esta transformación en forma especial, la nueva condición de existencia del hombre.

El individualismo jurídico vio en el ser humano la base esencial para la estructuración de todo el Derecho y no solamente se limitó a garantizarle su independencia, sino que le reconoció la facultad de determinarse a sí mismo, por los medios que elija, hacia el fin que desee.

La concepción de los derechos innatos y absolutos del hombre, nacida de la obra de Rousseau y de la Escuela del Derecho Natural, afirman que la naturaleza real del hombre implica un elemento de trascendencia, una facultad que no puede ser suprimida y que es, en consecuencia, inalienable, de dominar el orden fenomenal y de encontrar en sí su propia determinación.

Desde la Revolución Francesa hasta la actualidad la autonomía de la voluntad ha dominado el Derecho privado, pero más aun se ha ido extendiendo a otras ramas jurídicas que han encontrado en dicho principio un medio práctico, eficaz y justo en la adopción de soluciones jurídicas, tal como se verá en el capítulo siguiente de esta presentación.

## **7. Definición del Principio.**

En este punto y ya teniendo claro que la autonomía de la voluntad es un principio general del Derecho, haremos un análisis de diversos conceptos que se han dado por los juristas para definir la autonomía de la voluntad.

Hay quienes creen ver en el principio de la autonomía de la voluntad un concepto tan amplio que llegan a confundirlo con el concepto de libertad en general. Tal es lo que hacen Colin y Capitant cuando expresan que “el individuo tiene la elección y la responsabilidad de los medios por los cuales ha de desenvolverse su personalidad en busca de la dicha. Este es el principio de la libertad civil o de la autonomía de la voluntad individual, limitada solamente por la obligación que cada uno tiene de no poner obstáculos al desenvolvimiento paralelo de los otros individuos y a los derechos del Estado, garantía común de las libertades individuales” (17).

Naturalmente, el concepto sobre libertad general definido por la declaración de derechos del hombre y del ciudadano, supone necesariamente una voluntad autónoma,

---

17. Colin y Capitant. Curso Elemental de Derecho Civil. Instituto Editorial Reus. Madrid. 1922.

independiente, que se imponga a si misma las leyes por las cuales ha de regirse, cumpliendo con ellos el rol que le ha dado su sentido etimológico (del griego, autos, por sí mismo y nomos, ley).

Pero, la autonomía de la voluntad que a nosotros nos interesa para dar un concepto de este principio no está relacionada con la condición de autónoma que la voluntad requiere para que el ser humano sea libre, por cuanto este tema tiene relación con la filosofía pura, sin perjuicio de que el principio de libertad general sirve de fundamento para el desarrollo de la autonomía de la voluntad en el campo jurídico, pero no para dar un concepto que se circunscriba al objeto de nuestro estudio.

Esta autonomía de la voluntad jurídica de ninguna manera podemos asimilarla con el concepto de libertad general, como lo han hecho los autores antes citados, porque si hacemos tal cosa tendríamos por resultado que el concepto de libertad general quedaría reducido al campo del Derecho únicamente, lo que es un absurdo; o bien la autonomía de la voluntad jurídica pasaría a adquirir contornos de la libertad general, lo que también es otro absurdo.

En realidad, son muy pocos los autores que nos dan un concepto más o menos exacto de lo que debemos entender por principio de la autonomía de la voluntad. La mayoría de ellos dan una opinión ligera, sin detenerse mayormente en hacer un análisis acerca de su verdadero contenido (18).

A continuación daremos una mirada a algunos conceptos de autonomía de la voluntad que han dado algunos autores, para posteriormente dar una noción definitiva a la cual deberemos atender en adelante cuando nos referimos al principio de la autonomía de la voluntad.

Para el autor Evaristo Louzao (19), la autonomía de la voluntad “es un principio espiritual que no atiende más que a la voluntad y a la intención y prescinde de la materia y formalismos externos”. Si bien esta definición establece con claridad la idea de que la voluntad es el único elemento que tiene injerencia y de ahí su autonomía, no establece explícitamente para qué la voluntad es autónoma. Probablemente, en la mente de este jurista estaba claro que la voluntad es el único factor que concurre a la hora de producir consecuencias jurídicas, pero es necesario que ello quede expresamente consignado en una buena definición.

Colin y Capitant (20) dicen que la autonomía de la voluntad consiste “en que los particulares pueden ejecutar todos los actos jurídicos que quieran y hacerlos producir las

---

18. Llanos Medina, Artemio. El Principio de Autonomía de la Voluntad y sus Limitaciones. Memoria de Grado. Valparaíso. Escuela de Derecho, Universidad de Chile. 1944.

19. Citado por Cruz Ponce, Lisandro. La Apariencia y el Derecho. Memoria de Grado. Santiago. Escuela de Derecho, Universidad de Chile. 1936.

20. Colin y Capitant. Curso Elemental de Derecho Civil. Instituto Editorial Reus. Madrid. 1922.

consecuencias jurídicas que les convengan, con ciertas limitaciones”.

A nuestro juicio, el concepto de estos autores tiene todos los elementos básicos que componen la autonomía de la voluntad. Sin embargo, esta definición no dice que la autonomía es un principio general del Derecho, ni siquiera lo califica de principio. Por lo cual, sin restarle mérito al concepto dado por estos juristas, consideramos que todo concepto debe establecer la naturaleza jurídica del objeto que define, por consiguiente, desde ese punto de vista este concepto es incompleto.

León Duguit (21) dice que “la autonomía de la voluntad es un elemento de la libertad general; es la libertad jurídica y es, en suma, el poder del hombre de crear por un acto de voluntad una situación de Derecho, cuando este acto tiene un objeto lícito”

En el concepto que este autor nos ha dado de autonomía de la voluntad, podemos ver que nos señala muy claramente la distinción entre la libertad general y la autonomía de la voluntad, cuando nos dice que esta última es un elemento de aquella. En seguida, después de establecer esta distinción previa, nos revela su opinión acerca de lo que en la sustancia es la autonomía de la voluntad; es el poder del hombre de crear por un acto de voluntad una situación de Derecho siempre que este tenga un objeto lícito. A nuestro entender, resulta interesante introducir las nociones de libertad general por una parte y de objeto lícito por la otra, pues se relacionan con el principio que estudiamos, sin embargo, creemos que son cuestiones de carácter accesorio y, por tanto, no tienen la entidad suficiente para estar dentro de un concepto, que reúne los aspectos más básicos y fundamentales de lo que define.

Sin perjuicio de lo anterior, esta definición tiene el mérito de no restringir al campo del Derecho privado a la autonomía de la voluntad, pues dice que la voluntad es autónoma respecto a cualquier situación de Derecho, lo que naturalmente se obtiene mediante el acto jurídico, teniendo esta noción una carácter general que por cierto es destacable y se acerca bastante a la definición que más adelante construiremos.

Henry Capitant (22) dice que la autonomía de la voluntad es “un principio de Derecho privado en virtud del cual el autor o los autores de un acto jurídico tienen la facultad de concluirlo libremente y determinar a su agrado su contenido y efectos.”

La definición antes expuesta indica algo que debemos considerar especialmente, por cuanto nos señala el alcance o extensión del poder o facultad de la voluntad del individuo para establecer situaciones jurídicas, en dos planos:

---

21. Duguit, León. Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón. Traducción de Carlos Posada. Madrid. Editorial Francisco Beltrán. 1912.

22. Capitant, Henry. Vocabulario Jurídico. Traducción de Aquiles Horacio Guaglianone. Buenos Aires. Editorial Depalma. 1961.

1. En el ejercicio de la autonomía de la voluntad en sí misma, toda vez que el individuo tiene siempre la posibilidad de producir efectos jurídicos por su sola decisión; 2. En la determinación del contenido de dicha voluntad en orden a establecer los efectos jurídicos que el propio individuo decida.

Sin embargo, el concepto transcrito dice que se trata de un principio de Derecho privado, afirmación que ciertamente no compartimos, toda vez que se trata de un principio que informa el espíritu del ordenamiento jurídico en su conjunto y que se proyecta desde la ciencia general del Derecho hasta gran parte de las ramas que componen el orden jurídico.

Luego de haber analizado los conceptos anteriormente esbozados, estamos en condiciones de enunciar los elementos que deben estar presentes a la hora de confeccionar una definición de la autonomía de la voluntad.

En primer lugar, este concepto debe calificar al objeto que define, es decir, debe determinar la naturaleza jurídica de la autonomía de la voluntad. Por consiguiente, resulta indispensable consignar en esta definición que la autonomía de la voluntad es un principio jurídico, y más aun, un principio general del Derecho.

En seguida, debe establecer en qué consiste esencialmente este principio, esto es, dar cuenta de los rasgos más fundamentales que lo constituyen. En este sentido, podemos decir que la autonomía de la voluntad consiste en una prerrogativa que tiene el individuo en orden a determinar libremente su conducta, sin estar sujeto al arbitrio de un tercero para conducirla.

Por último, debe establecerse cuál es el fin que se persigue al hacer uso de su autonomía de la voluntad, es decir, esta conducta está destinada a la consecución de un objeto, la cual debe ser expresada en esta definición. Por tanto, en este concepto se debe establecer que la autonomía de la voluntad está destinada a producir efectos de Derecho, es decir, a la creación, modificación o extinción de derechos subjetivos y deberes jurídicos.

Con estos lineamientos, podemos acercarnos a un concepto de autonomía de la voluntad en los siguientes términos:

**“La autonomía de la voluntad es un principio general del Derecho en cuya virtud los seres humanos estamos facultados para determinar libremente nuestra conducta, sin estar sujetos al arbitrio de un tercero, con el objeto de producir efectos de Derecho, dando lugar a la creación, modificación o extinción de derechos subjetivos y deberes jurídicos”.**

## **8. Requisitos o Límites de la Autonomía de la Voluntad (23).**

En este punto haremos una breve presentación de los requisitos que debe presentar la autonomía de la voluntad para que produzca eficazmente efectos en el ordenamiento jurídico. Estos requisitos, a su vez, constituyen limitaciones para el individuo en el ejercicio de su voluntad autónoma.

A continuación enunciaremos cuáles son estos requisitos. La voluntad:

- Debe ser Seria.
- Debe ser Manifiesta.
- Debe ser Sincera.
- Debe ser Valida.
- Debe ser ejercida por un sujeto Capaz.
- Debe recaer sobre un Objeto Lícito.
- Debe tener una Causa Lícita.

### **a) LA SERIEDAD**

El individuo debe actuar con seriedad al ejercer su autonomía de la voluntad. La voluntad es seria cuando el sujeto tiene la intención real de ejercerla, aceptando las consecuencias jurídicas que de ella se deriven.

Los seres humanos hacemos uso de esta facultad con el objeto de cumplir ciertos fines prácticos, que nos conducen a la satisfacción de una determinada necesidad.

Por tanto, cuando el sujeto reflexivamente en el ejercicio de sus facultades intelectuales decide hacer uso de su voluntad autónoma, en ese momento decide producir consecuencias de relevancia jurídica y además asumirlas.

Entonces, la voluntad de un individuo no va a ser seria si el sujeto de cuya voluntad se trata no tiene la intención de producir con su voluntad efectos de Derecho ni de asumir tales consecuencias.

Por consiguiente, la autonomía de la voluntad que no es ejercida con seriedad no producirá con eficacia efecto alguno en el orden jurídico.

---

23. Apuntes de Clases de Derecho Civil. Profesora Cecilia Orellana. Escuela de Derecho, Universidad de Valparaíso. 2003.

## b) VOLUNTAD MANIFIESTA

Este requisito es corolario de un atributo que tienen todas las normas jurídicas, que son preferentemente exteriores, es decir, para que la voluntad humana produzca efectos en el Derecho debe manifestarse en el mundo exterior, pudiendo los terceros poder tomar conocimiento de ella a través de los sentidos.

La voluntad que solo permanece en el fuero interno del individuo, esto es, que no es manifestada exteriormente, no es regida por el ordenamiento jurídico.

La manifestación de la voluntad autónoma puede asumir diversas formas, ella puede ser:

- ✓ **Expresa:** es aquella que se manifiesta en términos formales, explícitos y directos. Constituye la regla general y puede ser exteriorizada en forma verbal, por escrito o a través de signos no verbales. Lo que caracteriza a esta forma de manifestación de voluntad es que el contenido del propósito del declarante es revelado explícita y directamente sin la ayuda de circunstancias concurrentes.
- ✓ **Tácita:** es aquella que consiste en la ejecución de ciertos actos o hechos que revelan inequívocamente por parte del sujeto su intención de manifestar su voluntad en un determinado sentido. Estamos frente a una manifestación de voluntad tácita cuando el contenido del propósito del individuo no es revelado en forma explícita, sino que se deduce de ciertas circunstancias concurrentes de la conducta de la persona. Por ende, el comportamiento del cual se deduce la voluntad del declarante debe ser concluyente y unívoco, esto es, no deben ofrecer la posibilidad de diversas interpretaciones, sino que la conclusión a la que arribe debe ser única.

## c) LA SINCERIDAD

La voluntad autónoma del sujeto debe ser sincera, y lo es cuando existe una correspondencia entre el querer real de individuo que ejerce la autonomía de la voluntad y la exteriorización de ella.

En definitiva, es la equivalencia entre el fuero interno del individuo con la manifestación exterior del contenido de su voluntad.

En general la declaración exterior coincide plenamente con la real intención de quien hace uso de la autonomía de la voluntad, pero puede suceder que exista discordancia entre la voluntad real y la que aparece ante los demás, lo cual por cierto, produce un conflicto en relación a cuál voluntad hacemos prevalecer:

Existen dos sistemas que hacen prevalecer una voluntad por sobre la otra:

- ❖ **El sistema clásico subjetivo francés**, que establece que frente a una discordancia entre la voluntad real y la declarada, debe preferirse a la real, es decir, a la que el sujeto quiere en su fuero interno. Esto se funda en que lo que en definitiva importa es la voluntad que genuinamente se manifestó, y no la meramente aparente.
- ❖ **El sistema objetivo alemán**, que dice que en caso de que se produzca una falta de equivalencia entre las voluntades, debe prevalecer la voluntad declarada, es decir, la que aparece como tal en el exterior. La razón de preferir la voluntad que se exteriorizó dice relación con la protección de los terceros que se pueden ver afectados por las consecuencias jurídicas producidas en virtud de la voluntad autónoma del sujeto.

#### **d) LA VALIDEZ**

La validez implica que la autonomía de la voluntad debe ser ejercida por el individuo en forma libre y espontánea. Esto significa, en primer término, que el sujeto que ejerce esta facultad, debe hacerlo con pleno conocimiento de las consecuencias que se producirán en el orden jurídico en virtud del ejercicio de su autonomía de la voluntad. En este sentido, la voluntad no es válida cuando quien la ejerce ha padecido un error de hecho que lo ponga en un estado de ignorancia o falso concepto de la realidad, el cual puede provenir de las circunstancias (simple error) o puede haber sido provocado por otro (error proveniente del dolo).

En segundo lugar, la voluntad debe ser manifestada en forma absolutamente libre (de ahí su autonomía), sin la coacción física o moral de un tercero. La voluntad que se obtiene en virtud de la fuerza que ejerce un tercero en contra del sujeto carece de validez, toda vez que dicha voluntad se encuentra viciada y por tanto, no puede producir efectos jurídicos.

#### **e) LA CAPACIDAD**

Para que la voluntad autónoma del individuo produzca efectos en el ordenamiento jurídico requiere además que el sujeto tenga la capacidad de manifestar su voluntad de manera eficaz.

La capacidad en el campo del Derecho consiste en la aptitud jurídica para ser titular de derechos y ejercer los mismos, asumiendo los deberes jurídicos que de

dicha titularidad se derivan, sin el ministerio o autorización de otra persona.

Toda persona tiene la posibilidad de adquirir derechos subjetivos, aun cuando carezca de capacidad de ejercerlos, como ocurre con los dementes, los impúberes o los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente. Ellos deben actuar en la vida jurídica a través de sus representantes legales, por tanto, podemos decir que los incapaces no pueden ejercer su voluntad a su arbitrio, pues precisamente ella carece de autonomía.

#### **f) OBJETO LÍCITO**

Cuando hablamos de objeto, nos estamos refiriendo a lo que en sí consiste la manifestación de voluntad, la cual puede estar constituida por una cosa del mundo externo, un hecho o una abstención. Es aquello en lo que versa la manifestación autónoma de voluntad del sujeto.

Pero para que esta voluntad produzca eficazmente efectos en el Derecho, ella debe recaer sobre un objeto lícito. El objeto sobre el cual recae la voluntad es lícito cuando éste no es contrario a las leyes, las buenas costumbres o el orden público.

La ley es una norma jurídica de carácter general y abstracta que nace en virtud de un procedimiento preestablecido por la constitución y que ordena la realización de determinadas conductas a los habitantes de un Estado que se encuentran en el supuesto de hecho que ella regula.

Las buenas costumbres son esos actos reiterados en el tiempo, constantes, uniformes, acatados por todo un medio social, porque son considerados buenos y conformes a la ley.

El orden público se concibe como un conjunto flexible de principios religiosos, morales, políticos y económicos, predominantes en determinado momento histórico y medio social, y que se miran como indispensables para la conservación de este.

La mayoría de las legislaciones establece en forma casuística las situaciones de ilicitud del objeto, que en definitiva son casos concretos de contravención a las leyes, el orden público o las buenas costumbres. Así, en la legislación chilena, por ejemplo, existe un catálogo amplio de estos casos, como cuando dice que hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el Derecho público chileno, o en las deudas contraídas en los juegos de azar, o en los pactos sobre sucesión futura, etc.

## g) CAUSA LÍCITA

La causa consiste en el motivo jurídico inmediato y directo por el cual el sujeto ejerce su autonomía de la voluntad.

Detrás de toda voluntad existe un interés de parte del individuo, que lo conduce a producir efectos en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, no toda causa es admitida por el Derecho para que pueda producir efectos. La causa en cuya virtud se ejerce la autonomía de la voluntad debe ser lícita. La causa es lícita cuando ella no es contraria a las leyes, el orden público o las buenas costumbres (nos remitimos a lo expuesto en la letra anterior).

Cumpliendo estos requisitos, o desde otra perspectiva, teniendo en cuenta estas limitaciones la voluntad del sujeto puede manifestarse autónomamente y en forma eficaz, produciendo las consecuencias jurídicas deseadas por este.

## 9. Justificación o Fundamento.

En este punto estableceremos el fundamento jurídico que justifica la aceptación generalizada en el ordenamiento jurídico del principio de la autonomía de la voluntad como mecanismo eficaz para la creación de normas jurídicas y la producción de consecuencias de Derecho.

Ciertamente, el fundamento directo e inmediato del principio de la autonomía de la voluntad se encuentra en el Derecho constitucional, que establece ciertos valores que deben estar presentes y ser respetados en toda la producción jurídica de un Estado y que a su vez tienen como fundamento último la dignidad de la persona humana.

Dos de estos valores dan justificación a la instauración del principio de la autonomía de la voluntad en el orden jurídico, se trata de la **igualdad** y con mayor fuerza la **libertad**.

Ambos valores se encuentran consagrados expresamente en nuestra carta fundamental, en su primer capítulo que establece las bases de la institucionalidad (24). Estos valores toman su concreción en principios y normas establecidos tanto por la propia Constitución, como por las leyes y demás normas jurídicas que se dictan.

---

24. Artículo 1° inciso 1° de la Constitución Política de la República: “Las personas nacen libre e iguales en dignidad y derechos”.

La igualdad implica tener a todos los seres humanos en un plano de equivalencia en todos los ámbitos en que se desenvuelven. En este sentido, toma concreción este valor con el establecimiento de la garantía de igualdad ante la ley (25).

Esta garantía, proyectada al tema de la autonomía de la voluntad, consiste en que los particulares deben ejercer esta facultad en equivalentes condiciones de conocimiento e información, para así obtener una negociación justa. En muchos casos la igualdad jurídica se hace efectiva por sí misma, pues dicha igualdad que la constitución garantiza, se proyecta espontáneamente en la realidad fáctica.

Sin embargo, existen situaciones en que en los hechos existe una evidente falta de equivalencia y que es fuente de palmarias inequidades. En estos casos de desigualdad entre los sujetos que ejercen su autonomía de la voluntad, la ley ha establecido mecanismos para restablecer el equilibrio roto, como por ejemplo, las vías para solucionar el fenómeno de la adhesión (enunciados con anterioridad), o la legislación laboral que es protectora de los eventuales abusos del empleador estableciendo un contrato dirigido, cuyos beneficios son irrenunciables para el trabajador, etc.

Pero sin duda, es el valor de la libertad el que está más directamente relacionado con el objeto de nuestro estudio.

La libertad como valor consiste en la capacidad de actuar según nuestras propias decisiones y escoger cada uno de los pasos que se quieren dar y sus diferentes aspectos. Su ámbito abarca asuntos como la vida familiar, la elección de alguna ocupación u oficio, temas de carácter cotidiano, etc. La libertad se ejerce plenamente cuando la persona puede considerar con cuidado y objetividad sus decisiones y vive en un entorno que les permite llevarlas a cabo.

Precisamente, la autonomía de la voluntad, para poder desarrollarse y estar presente con eficacia en un ordenamiento jurídico, requiere de la existencia de un Estado de Derecho en que se respete la libertad del individuo en todos los planos de su vida, es solo en este entorno en que el principio de la autonomía de la voluntad puede proyectarse como tal. Por eso decíamos al revisar los antecedentes históricos de este principio que sólo adquirió este carácter con posterioridad a la Revolución Francesa, en que se formaron los primeros lineamientos de la organización política que hasta hoy mantiene vigencia.

Por las razones anteriormente expuestas es que tiene tal importancia que exista el reconocimiento de la libertad general del individuo para que la autonomía de la voluntad, que algunos autores también denominan libertad jurídica, pueda ser un principio general del

---

25. Artículo 19, número 2° de la Constitución Política de la República: “La Constitución asegura a todas las personas: 2°.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Derecho, como en la actualidad lo conocemos.

Al igual que la igualdad, la libertad como valor se proyecta en nuestro texto constitucional, como asimismo en las demás normas que componen el ordenamiento jurídico, las cuales deben respetar la libertad del individuo, solo restringiéndola en casos de excepción.

Así, nuestra Constitución garantiza la libertad de las personas, estableciendo que nadie puede ser privado de su libertad personal ni ser dicha libertad restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución o las leyes.

Esto, llevado al campo de la autonomía de la voluntad, se traduce en el imperativo de no intervenir en la autonomía del individuo en relación a determinar a su arbitrio si quiere realizar o no algún acto que produzca consecuencias jurídicas y decidir acerca del contenido de esos efectos, pero respetando los límites y requisitos que se exigen para que la su voluntad produzca eficazmente consecuencias de relevancia para el Derecho.

Estos valores, la igualdad y especialmente la libertad, constituyen el basamento principal para que exista la autonomía de la voluntad como principio general del Derecho, que permiten crear las condiciones entorno a las cuales exista adecuado despliegue del principio, proyectándose en el ordenamiento jurídico en su conjunto.

### Capítulo III

#### El Principio de la Autonomía de la Voluntad en los diversos

#### Ámbitos Jurídicos.

#### **10. Planteamiento del Tema.**

Tradicionalmente, el principio de la autonomía de la voluntad ha sido tratado sólo como parte integrante de una de las disciplinas que estudia la ciencia jurídica. En efecto, la autonomía de la voluntad se ha considerado como uno de los principios que inspiran al Derecho privado, e incluso algunos lo acotan más aún diciendo que este principio sólo fundamenta el establecimiento de los Códigos Civiles de los diversos ordenamientos jurídicos.

No compartimos la opinión de Artemio Llanos Medina, quien sigue la postura de Capitant, al decir que la autonomía de la voluntad es un principio de Derecho privado, y efectivamente no puede ser de otra manera, pues la voluntad del hombre no puede ser tan poderosa como para llegar al extremo de dominar también en el campo del Derecho público, el cual sin embargo, está entregado al dominio de una voluntad, pero ella es la voluntad general y no la individual. Este autor concluye que este principio tiene pues, única y exclusivamente, fuerza y valor en el campo del Derecho privado, sea este interno o internacional, porque es ahí donde solamente puede considerársele y no en cualquier aspecto del Derecho, el cual es muy amplio (26).

Esto, a nuestro juicio, no es efectivo puesto que la autonomía de la voluntad no sólo se circunscribe a la gran mayoría de las materias que componen el Derecho privado, sino que también tiene presencia en parte importante de las demás áreas del conocimiento jurídico, rebasando sobradamente el ámbito de aplicación que muchos juristas le otorgan. El principio tiene una amplitud de tal entidad que se extiende a muchas disciplinas distintas del derecho privado, mas aún, tiene una significativa presencia en el Derecho administrativo (parte importante del Derecho público) a través de diversos mecanismos por los cuales los particulares intervienen en la generación de normas que se rigen por esta rama del Derecho.

---

26. Llanos Medina, Artemio. El Principio de Autonomía de la Voluntad y sus Limitaciones. Memoria de Grado. Valparaíso. Escuela de Derecho, Universidad de Chile. 1944.

A mayor abundamiento, como se explicó en el capítulo anterior, los fundamentos jurídicos para darle valor a la autonomía de la voluntad en el ordenamiento, están dados por el principio de libertad general, que está consagrado por otra rama del Derecho público, esto es, el Derecho constitucional.

Para precisar lo dicho y para que se entienda que este planteamiento tiene basamentos en la realidad práctica y en la legislación positiva, es que haremos un análisis de las diversas manifestaciones que existen en el Derecho Chileno y en otros Estados.

Esta presentación esta destinada a comprobar que el principio en estudio nutre a las más heterogéneas disciplinas jurídicas, pasando por el Derecho privado, el cual tiene gran cantidad de manifestaciones, y cuyo alcance y contenido ha sido tratado latamente por los especialistas en esta rama del Derecho, por consiguiente, lo que haremos en este punto es solamente dar una mirada somera a las diversos casos en los que la autonomía de la voluntad se concreta en las instituciones de Derecho privado, entendiendo que ellas forman parte de todas las manifestaciones de este principio en el ordenamiento jurídico, contribuyendo a que podamos llegar a la convicción de que estamos frente a un principio general del Derecho.

No obstante lo anterior, nos centraremos con mayor detalle en aquellas áreas del ordenamiento jurídico en que los juristas no advierten claramente la presencia de la autonomía de la voluntad, analizando diversos contratos, figuras, instituciones o situaciones que se tratan en ramas jurídicas diversas del Derecho civil y comercial, y que dan cuenta que la fuerza de la voluntad de los particulares tiene presencia.

La libertad que tienen los particulares se concreta a través de actos unilaterales y también por medio de actos jurídicos bilaterales o convenciones, en cuya virtud la sola voluntad del autor o las partes del acto de que se trate producen consecuencias jurídicamente relevantes, creando derechos subjetivos y deberes que sin la intervención de la voluntad autónoma del particular, no hubiesen nacido a la vida del Derecho.

Sin perjuicio de lo anterior, las diversas áreas del conocimiento jurídico nos proporcionan las más diversas situaciones en que en mayor o menor grado, la voluntad de los sujetos ha de hacer la diferencia para producir una u otra consecuencia de Derecho, o incluso la autonomía de la voluntad en ciertos casos produce que una determinada situación produzca efectos jurídicos o bien, determine que alguna situación no produzca efecto alguno. Dicho de otro modo, la voluntad puede derivar la producción de consecuencias tanto de carácter positivo (produciendo efectos de Derecho), como de carácter negativo (no produciéndose efecto alguno).

A continuación, entonces, pasaremos por algunas de las ramas más importantes del ordenamiento jurídico, en que se manifiesta lo transversal de este principio en las diversos campos que el Derecho abarca.

## **11. Derecho Privado.**

Respecto del principio de Autonomía de la Voluntad en Derecho privado, existe un vasto tratamiento por parte de los juristas, que se ve reflejado en gran cantidad de publicaciones doctrinales.

Es por ello que no existe duda que en esta materia, más que tratarse de una simple teoría que pretende explicar el pensamiento de una concepción jurídica, la autonomía de la voluntad es un principio de Derecho privado, cuya esencia se revela por su carácter abstracto, general, básico y por ser directriz que informa el espíritu de la legislación positiva privada y hacia el cual hay que dirigirse para encontrar, cada vez que sea necesario, el verdadero sentido de la existencia de las instituciones (27).

Son pocos los autores los que han dado un concepto que establezca en forma acertada y propia el alcance de este principio, no porque exista tanta divergencia de opinión respecto de qué debemos entender cuando hablamos de autonomía de la voluntad, sino más bien se trata sencillamente del poco cuidado que se tiene muchas veces de establecer, con un poco más de lógica, su verdadero concepto.

Podemos esbozar la noción de Autonomía de la Voluntad que, a través del concepto tradicional, nos entregan la mayoría de los profesores de Derecho Civil. Se dice que la Autonomía de la Voluntad **es aquel principio de derecho privado en cuya virtud la voluntad humana es fuente y medida de derechos y obligaciones.** En otras palabras, este principio en Derecho privado consiste en la facultad que tienen los seres humanos para autodeterminar su conducta en orden a constituir o no una relación jurídica privada, y en caso de crear dicha relación, establecer cual es el contenido, extensión y efectos de la misma.

Algunos autores, al precisar una definición de este principio, lo han restringido más allá de lo que el principio realmente abarca. Es el caso de la opinión sustentada, entre otros, por los autores Henry Lecompte (28), y Trajan R. Ionasco, pues dicen que el principio de la autonomía de la voluntad, consiste en la facultad que tiene la voluntad para convertirse en ley para los contratantes. Para otros, la autonomía de la voluntad consiste en la libre facultad de los particulares para celebrar el contrato que les plazca y determinar su contenido, efectos y duración (29).

Este concepto restringido de la autonomía de la voluntad, solo toma en consideración una parte limitada de lo que es la noción de voluntad autónoma, abarca

---

27. Llanos Medina, Artemio. El Principio de Autonomía de la Voluntad y sus Limitaciones. Memoria de Grado. Valparaíso. Escuela de Derecho, Universidad de Chile. 1944.

28. Lecompte, Henri. Essai sur la notion de faculté en droit civil. Tesis Doctoral. París. Université de Paris. 1930

29. Blanco, Alberto. Curso de Obligaciones y Contratos de Derecho Civil Español. T II, p. 41. La Habana. Editorial Cultural. 1930.

únicamente el aspecto de los contratos, confundiendo con otro principio que en doctrina se conoce con el nombre de libertad contractual o convencional, y que es una consecuencia de la autonomía de la voluntad.

La autonomía de la voluntad se refiere a toda especie de acto jurídico que pueda operar en el Derecho. En cambio, la libertad contractual se refiere a una especie concreta de acto jurídico: los contratos. De manera que la autonomía de la voluntad es el género y comprende dentro de sí, a la libertad contractual que es la especie o una manifestación solamente del principio más general que es la autonomía de la voluntad. Lo que interesa para definir este principio, en definitiva, es el rol que le corresponde a la voluntad del hombre en la creación, modificación o extinción de todo acto jurídico y no solo de los contratos.

Sin embargo, debemos advertir desde luego, que la parte del Derecho donde más se aplican los principios de autonomía de la voluntad, es en la relativa a los contratos. Ello explica la razón por la cual los autores restringen este principio a la parte contractual del derecho privado, y explica también, por qué ciertos autores, después de referirse al principio de autonomía de la voluntad y en seguida analizar las consecuencias del mismo, hablan única y exclusivamente del aspecto contractual. Es cierto que no se incurre en un error, porque, como se dijo, la libertad contractual es parte de la autonomía de la voluntad, pero si se incurre en una falta de precisión, pues si analizamos un principio debemos considerar sus consecuencias en su aspecto general y no remitirnos a una faceta particular solamente.

Por otra parte, para poder precisar una noción de este principio, debemos tener presente que la autonomía de la voluntad reviste caracteres tanto positivos como negativos.

El carácter negativo esencial de la autonomía de la voluntad es la facultad de obligarse y toda obligación es genuinamente una restricción precisamente de la libertad del ser humano, aun cuando él mismo se la imponga en razón de ser su voluntad autónoma. Este carácter negativo se manifiesta también en la existencia de acuerdos que producen consecuencias desfavorables para quienes los celebran, como lo establece la Ley para la Defensa de la Libre Competencia (30), que sanciona los acuerdos expresos o tácitos celebrados entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización; limitar la producción; asignarse zonas o cuotas de mercado; excluir competidores; o afectar el resultado de procesos de licitación.

Esta ley sanciona la colusión entre las empresas cuando ellas afectan la libre competencia, lo cual demuestra que la autonomía de la voluntad también produce consecuencias desfavorables, toda vez que cuando dichas empresas lleguen a un acuerdo que sea contrario a la libre competencia serán sancionados en la forma que prescribe la ley que comentamos.

---

30. Ley 19.911. D.O. 14 de noviembre de 2003.

Como comentario adicional, cabe señalar que las estrictas disposiciones referidas, suelen “leerse” muchas veces, como si ellas prohibieran toda clase de cooperación entre competidores. Ello no es así. Tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional y extranjera, han ido describiendo casos donde la cooperación entre competidores resulta lícita.

Por ejemplo, acuerdos sobre cooperación en investigación y desarrollo, sobre la adopción de estándares voluntarios, sobre utilización de facilidades comunes, etc.; todo lo cual es sin perjuicio de los acuerdos entre competidores expresamente autorizados por la ley (p.ej. Art. 5 de la Ley de Marina Mercante, Diario Oficial, 22 de diciembre de 1979).

Este principio no solo consiste en que las personas pueden crear, modificar o extinguir a su arbitrio una relación de Derecho, sino también en que toda la legislación privada está dirigida a interpretar la voluntad probable, cuando ella no se ha manifestado en forma expresa.

El principio de la autonomía de la voluntad, no se encuentra consagrado en forma expresa en la legislación positiva. Sin perjuicio de ello, resulta evidente que éste es uno de los principios que inspiró el contenido del Código Civil chileno, toda vez que en distinta medida todos los libros de este código contienen manifestaciones del principio de autonomía de la voluntad en muchas de las instituciones que este texto legal trata. Pero es en el Libro IV, denominado “De las Obligaciones y de los Contratos”, donde este principio toma su principal concreción.

No obstante lo anterior, existen diversas manifestaciones del principio a lo largo de todo el código, las cuales, sin la pretensión de agotar el tema, pueden sistematizarse de la siguiente manera:

**a) EN MATERIA SUCESORIA**

- ❖ Se manifiesta en la facultad que tiene toda persona de decidir si otorga o no testamento (31).
- ❖ De decidir otorgar testamento y no teniendo asignatarios forzosos, el testador puede disponer libremente de todo su patrimonio.
- ❖ De decidir otorgar testamento y teniendo asignatarios forzosos puede disponer libremente de la cuarta de libre disposición, y puede disponer relativamente de la cuarta de mejoras, en este caso la autonomía se expresa en cuanto el testador puede disponer con libertad de esta cuarta, pero solo a favor de aquellas personas que la ley declara como asignatarios de la misma (ascendientes, descendientes y cónyuge sobreviviente) (32).
- ❖ En materia de interpretación de testamento, prevalece la voluntad del testador en la medida que no vaya contra las prohibiciones legales y se respeten las asignaciones

---

31. Artículo 999 del Código Civil.

32. Artículo 1167 N° 3 y 1184 inciso final del Código Civil.

forzosas (33).

#### **b) EN MATERIA DE DERECHOS REALES**

- ❖ Se puede constituir cualquier derecho real, en virtud de la sola voluntad de su titular.
- ❖ Su titular también puede disminuir el contenido del derecho real, como por ejemplo, el dueño que se transforma en nudo propietario al constituir un usufructo, otorgándole el uso y el goce de la cosa a un tercero, conservando solo la facultad de disposición.
- ❖ El titular puede renunciar a su derecho real, es decir, abdicar de su derecho sin beneficiario determinado.
- ❖ Asimismo puede traspasar la titularidad del derecho a un tercero, sea a título gratuito u oneroso, sea entre vivos o mortis causae.

Sabemos que los derechos reales solo pueden ser creados por ley, es decir, la mayoría de los autores opina que en la constitución de un derecho real no puede intervenir la voluntad autónoma del individuo. Sin embargo, parte minoritaria de la doctrina sostiene que los derechos reales no están constituidos solamente por los que la ley ha establecido, toda vez que los particulares tienen la posibilidad de crear otros derechos reales en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, surgiendo así una categoría distinta denominada **derechos reales atípicos**. El profesor Alejandro Borzutzky (34) plantea que en Chile no existe el sistema de número cerrado, sino el de número abierto puesto que no existe norma que prohíba crear derechos reales. Este autor refuerza su argumento citando el artículo 2502 del Código Civil argentino, que dice: “Los derechos reales solo pueden ser creados por ley”, y en Chile no existe norma similar. También sostiene esta postura el profesor Rodrigo Barcia (35).

Por cierto no compartimos la opinión de estos autores, pero consideramos que es necesario tener en cuenta posiciones discrepantes de la mayoría.

#### **c) EN MATERIA DE DERECHO PATRIMONIAL DE FAMILIA**

- ❖ Antes de la celebración del matrimonio, los esposos pueden celebrar acuerdos de carácter patrimonial, denominados capitulaciones prematrimoniales (36). A través de estas capitulaciones los esposos pueden convenir:

---

33. Artículo 1069 del Código Civil.

34. Apuntes de Clases de Derecho Civil. Profesora Cecilia Orellana. 2003.

35. Barcia, Rodrigo. Algunos aspectos de comunicabilidad entre los derechos reales y personales y la teoría de la tipicidad causal de estatuto como creadora de derechos reales atípicos. Concepción. VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Universidad de Concepción. 2009.

36. Artículo 1755 del Código Civil.

- Un régimen de bienes distinto al de la sociedad conyugal (legal supletorio para los matrimonios celebrados en Chile), es decir, régimen de separación total de bienes o régimen de participación en los gananciales.
  - Pueden pactar separación parcial de bienes del art. 167 del Código Civil.
  - La mujer puede renunciar a los gananciales de la sociedad conyugal o bien, pactar una forma distinta de distribución del haber social para cuando se disuelva el régimen.
  - Se puede convenir que ciertos bienes muebles queden excluidos de la comunión, individualizándolos.
  - Etc.
- ❖ En el acto del matrimonio, los contrayentes pueden convenir, a través de una capitulación coetánea al matrimonio (37), un régimen de bienes distinto al de la sociedad conyugal que es el legal supletorio para los matrimonios celebrados en Chile. Por consiguiente, los contrayentes son libres de pactar en ese momento, el régimen de separación total de bienes o el régimen de participación en los gananciales.
  - ❖ Durante la vigencia del matrimonio, los cónyuges mayores de edad pueden sustituir el régimen vigente a través del pacto que consagra el art. 1723 del Código Civil, pudiendo mutar a cualquier régimen de bienes, salvo el régimen de sociedad conyugal.
  - ❖ La patria potestad será ejercida por el padre o la madre o por ambos conjuntamente, según convengan ellos, es decir, el primer factor que incide en la determinación de quienes ejercen la patria potestad es el acuerdo libremente adoptado por los padres (38).

#### **d) EN MATERIA CONTRACTUAL**

- ❖ Las partes deciden si celebran o no un determinado contrato.
- ❖ Las partes deciden si celebrar un contrato típico, es decir, reglamentado por el legislador y con normas supletorias de su voluntad, o si celebran un contrato atípico, cuya reglamentación está entregada en su totalidad a la autonomía de la voluntad de las partes.
- ❖ Las partes deciden si agregar al contrato elementos accidentales, es decir, aquellos que ni esencial ni naturalmente le pertenecen y que se incorporan por medio de cláusulas especiales. Pudiendo, además, extraer los elementos de la naturaleza del contrato, que son aquellos que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de cláusula especial (39).

---

37. Artículo 1755 del Código Civil.

38. Artículo 244 del Código Civil.

39. Artículo 1444 del Código Civil.

- ❖ Las partes pueden dejar sin efecto un contrato vigente por su propia voluntad, a través de la resciliación o mutuo disenso (40).
- ❖ Las partes pueden avaluar convencionalmente los perjuicios por medio de una cláusula penal (41).
- ❖ La regla básica de interpretación de contratos se basa en la autonomía de la voluntad, toda vez que conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras (42).

El fundamento de esta autonomía de la voluntad en Derecho privado, radica en la disponibilidad de los derechos que nacen de los actos jurídicos en los cuales tiene cabida esta autonomía, lo cual encuentra respaldo en lo que establece el art. 12 del Código Civil, que concede la facultad para que todo titular de un derecho pueda renunciar al mismo, siempre que solo mire su propio interés individual y no esté prohibida su renuncia.

La importancia de este principio en Derecho privado consiste en que es en esta rama del Derecho donde tiene su origen la autonomía de la voluntad, toda vez que en la evolución histórica, fue en esta disciplina jurídica en la que primero se permitió a la sola voluntad del individuo tener la virtud de crear Derecho, produciendo consecuencias jurídicamente relevantes. Lo cual se ha ido extendiendo, con diversos matices y limitaciones a muchas otras áreas del conocimiento jurídico y a la ciencia general del Derecho.

## **12. Derecho Público. Introducción.**

El principio de la autonomía de la voluntad en Derecho Público, tiene un desarrollo doctrinal mucho menos extenso que en Derecho privado, lo cual en ningún caso quiere decir que este principio no tenga cabida en esta rama del Derecho. Veremos que existen múltiples manifestaciones de este principio en esta materia.

Tradicionalmente en esta rama del Derecho, no ha tenido cabida este principio, toda vez que la única fuente considerada legítima para crear normas y derechos de esta naturaleza es la Constitución, las leyes y la potestad reglamentaria del Presidente de la República, consecuencia del principio de legalidad que impera en Derecho público y que se cree, erróneamente, incompatible con el principio que estudiamos. Ello porque la naturaleza de estos derechos es indisponible e irrenunciable por la voluntad de los particulares, razón por la cual se entiende que éstos no pueden bajo ninguna circunstancia hacer uso a su arbitrio de los derechos que le son conferidos.

---

40. Artículo 1567 inciso primero del Código Civil

41. Artículo 1535 del Código Civil.

42. Artículo 1560 del Código Civil.

El desarrollo que ha tenido en la doctrina chilena es incipiente, y por consiguiente, tampoco existe un reconocimiento de este principio en nuestra legislación positiva, al menos de manera expresa.

Sin embargo, los países que han desplegado cierto bagaje doctrinal sobre este punto, dentro de los cuales destaca la dogmática española, toman como punto de partida la siguiente enunciación: “Paradójicamente surge en un momento en que el Derecho se tecnifica en un ambicioso y sutil intento por acercarse a la realidad, un claro divorcio entre Derecho y realidad en el ámbito del Derecho administrativo”. Frases como esta y otras de similar alcance nos demuestran que éste es el fundamento de la incorporación del principio de autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho público.

En este mismo sentido, un autor español introduce el concepto de “Administración Concertada”, diciendo que el acuerdo marca un camino que es forzoso recorrer o, por lo menos, explorar, puesto que ya no cabe seguir ignorando por más tiempo que la Administración negocia y que la negociación se ha convertido en un instrumento imprescindible en la tarea de administrar (43).

Esto significa que debemos aceptar que en la gestión administrativa existen constantes tratativas con los administrados para lograr determinados fines, para cuya consecución forzosamente es necesaria la intervención de particulares a través del acuerdo. Este hecho que ocurre en la realidad no encuentra actualmente asidero en la mayoría de las legislaciones, siendo indispensable reconocer su existencia para el adecuado desarrollo y aplicación de esta nueva forma de administrar.

Esto es consecuencia de la evolución que se observa en el Derecho, y en materia de Derecho Público, la introducción de este principio se manifiesta precisamente en la **contratación administrativa**.

Dejamos de lado, en este punto, las manifestaciones que eventualmente tendría este principio en el Derecho Constitucional, puesto que consideramos que ellas forman parte de la justificación o fundamento en cuya virtud este principio es susceptible de aplicarse en todas las áreas del conocimiento jurídico. Esto fue tratado en el segundo capítulo de esta presentación al analizar los fundamentos jurídicos que justifican la aceptación del principio de la autonomía de la voluntad en el Derecho.

### **13. Derecho Público. Contratación Administrativa.**

Se argumenta por algunos autores (44) que la contratación entre la Administración y los particulares no existe, toda vez que no se da uno de los presupuestos indispensables para que exista contratación, cual es, la igualdad jurídica entre las partes que celebran una

---

43. García de Enterría, E. y Fernández T. R., Curso de Derecho Administrativo, I, Ed. Cívitas, Madrid, 2000, pag. 669.

44. Oelckers Camus, Osvaldo. En torno al Concepto de Contrato Administrativo, p. 135. Revista de Derecho. Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso. 1979

determinada convención. Se dice que el acuerdo de voluntades con fuerza vinculante se opone al principio de potestad administrativa, por el cual la Administración no puede vincularse como titular del poder soberano al cumplimiento rígido de sus contratos. Por tanto, algunos dicen que los actos administrativos son solo unilaterales, pues basta la sola voluntad de la Administración para que produzcan efectos, sin que sea menester en ningún caso, del consentimiento de los administrados.

Creemos que ello no es efectivo, toda vez que existen ciertos actos de la Administración que para que produzcan sus efectos es necesaria la aceptación de uno o más particulares. Se trata de una realidad que existe en todos los Estados, que debe ser reconocida. La sola desigualdad entre las partes no es suficiente argumento para afirmar que no existe contratación, puesto que de todas maneras existe el carácter esencial del contrato que es el acuerdo de voluntades tendiente a crear obligaciones entre contratantes que en un comienzo presentaban intereses contrapuestos, con la salvedad que el régimen jurídico de fondo del contrato, está constituido por particularidades del Derecho Administrativo.

Si bien la superioridad jurídica del Estado es innegable, la fuente o causa eficiente de sus obligaciones y derechos radica en la concordancia de su voluntad con la del particular.

Gran parte de la doctrina administrativa reconoce la existencia de la contratación en esta rama del Derecho, con algunas excepciones, como es el caso de la dogmática alemana bajo la influencia de Otto Mayer (45).

No obstante lo anterior, no hay consenso respecto de cuáles son los elementos que configuran la existencia de un contrato administrativo, es decir, cuáles son las particularidades que éste debe presentar para ser calificado como tal y por consiguiente, producir los efectos jurídicos que se buscan a través de esta peculiar forma de contratación.

Haciendo esta salvedad, nos adherimos a la posición del profesor Osvaldo Oelckers C. (46), quien dice que son 2 los factores necesarios para determinar cuándo nos encontramos frente a la figura del contrato administrativo:

- **La finalidad de servicio público**, que mueve la actuación del Estado y que tiende de alguna manera a la satisfacción de una necesidad de interés general. Teniendo en consideración que esta calificación no es unívoca, sino que varía en el tiempo y el espacio, puesto que se va definiendo con las políticas que la Administración va adoptando y que considera que tiene la entidad suficiente para ser considerada como servicio público y que actualmente se encuentra en un franco proceso de revalorización. Sin perjuicio de lo cual, hay ciertas materias que no se discuten, pero que no se puede descartar que en el futuro no sean objeto de debate.

---

45. Mayer, Otto. Instituciones de Derecho Administrativo Alemán, tomo I, p. 127 y ss. Traducción española. Editorial De Palma. Buenos Aires. 1949.

46. Oelckers Camus, Osvaldo. En torno al Concepto de Contrato Administrativo, p. 159 y 160. Revista de Derecho. Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso. 1979.

- **Que el órgano que contrata actúe dentro de la esfera de su competencia**, es decir, la materia sobre la cual contrata la Administración debe corresponder al giro o tráfico propio de ésta. No son las funciones generales de la Administración, sino la competencia específica del órgano que al ser realizada por la vía contractual le otorgan el carácter de contrato administrativo.

## **14. Derecho Penal.**

En esta rama del Derecho, en toda la evolución y desde sus inicios, ha ido restringiendo su catálogo de conductas y hechos que son constitutivos de delito, por el carácter de *ultima ratio* que tienen las sanciones penales respecto de las demás sanciones que se aplican en el ordenamiento jurídico, entendiendo que solo son hechos punibles aquellos que revisten la mayor gravedad.

En esta misma línea, se ha ido limitando la fuente que determine cuál es la conducta que se va sancionar penalmente. Consecuencia de esta concepción es que se ha instaurado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos el principio de legalidad en materia penal, consagrándolo a nivel constitucional. Este principio, en términos generales, consiste en que no hay delito ni pena sin ley, es decir, ninguna ley podrá establecer una pena sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella, y a su vez, ningún delito se castigará con otra pena que la que señale la ley.

Esto es así, porque lo que persigue el Derecho penal es la protección de **bienes jurídicos**, tales como la vida, la salud, la fe pública, la propiedad o la indemnidad sexual. La gran mayoría de estos bienes jurídicos son de tal entidad que en caso alguno dan lugar a que la responsabilidad penal se extinga en virtud de la sola voluntad del hechor y la víctima, por existir de por medio un interés público de sancionar las conductas delictuales y que justifica la intervención del Estado en la persecución de los delitos.

Sin embargo, esta regla tan estricta tiene algunos matices que dan cierto margen a que en esta rama del Derecho tenga lugar la autonomía de la voluntad. En virtud de este criterio surge una de las clasificaciones de los delitos:

- **Delitos de Acción Pública.** Son aquellos que pueden ser perseguidos de oficio por el ministerio público, la víctima o las demás personas que señala la ley, sin necesidad de que otra entidad requiera de su intervención. Constituyen la regla general.
- **Delitos de Acción Pública previa instancia de particular.** Son aquellos no pueden ser investigados de oficio por el órgano persecutor, sin que a lo menos, el ofendido lo hubiere denunciado a la justicia, al ministerio público o a la policía, pero comunicado el hecho el procedimiento se desarrolla como si se tratara de una acción penal pública propiamente tal.

- **Delitos de Acción Privada.** Son aquellos en que la acción que nace de estos delitos solo puede ejercerse por la víctima a través de una querrela.

En los delitos de acción pública previa instancia particular, el Estado no puede perseguir el delito de oficio, para poder intervenir es necesario que la víctima haya hecho la denuncia respectiva, es decir, haya manifestado su voluntad de que el hecho sea investigado, solo en ese evento el órgano de persecución penal puede comenzar su actuación, y en adelante el sistema funciona tal como si fuese un delito de acción pública. En este sentido, la voluntad del ofendido toma relevancia para dar inicio a la persecución penal, sin la cual el hecho no puede ser investigado, quedando al arbitrio del particular la decisión de dar curso a la investigación por el órgano de persecución de hechos que revisten caracteres de delito.

En los delitos de acción privada, la persecución penal solo se inicia en virtud de una querrela interpuesta por una persona habilitada para ejercer la acción penal, es decir, el ofendido por el delito. El impulso procesal en este tipo de delitos es exclusivamente del querellante, pesando sobre este la carga de llevar adelante el proceso penal.

Como consecuencia de ello, si el querellante se desistiere de la querrela, sea en forma unilateral o fruto de un acuerdo con el querrellado, se decretara sin más trámite el sobreseimiento definitivo en la causa. En este mismo sentido, si el querellante no asiste a la audiencia del juicio o deja de realizar diligencias para dar curso progresivo al proceso por un lapso de tiempo prolongado, se tendrá por abandonada la acción privada, debiendo decretarse también el sobreseimiento definitivo en la causa.

Además, en este tipo de delitos, el juez instará a las partes a buscar un acuerdo que ponga término a la causa, en cuyo caso, si las partes logran un acuerdo satisfactorio y aprobado por el tribunal, se extingue la responsabilidad penal del victimario, sobreseyéndose definitivamente la causa.

Más aun, el ejercicio separado y anticipado de la acción civil, extingue la acción penal que se hubiere derivado del hecho.

Es por el carácter renunciable y disponible de esta acción que la autonomía de la voluntad puede producir consecuencias jurídico-penales, pudiendo extinguirse ésta por la vía de la transacción, avenimiento o desistimiento (47).

En este mismo sentido, se introdujo una institución en el nuevo Código Procesal Penal denominada **acuerdo reparatorio**, que consiste en un pacto que celebra la víctima y el imputado, respecto de ciertos delitos que la ley señala y previa aprobación del Juez de Garantía, y que versa sobre una suma de dinero a título de resarcimiento de perjuicios, pero que además produce el efecto de extinguir la responsabilidad del imputado que lo celebró, a través del sobreseimiento de la causa.

---

47. Apuntes de clases de Derecho Procesal. Profesor Raúl Tavorari. Escuela de Derecho, Universidad de Valparaíso. 2005.

Para obtener la aprobación del juez, es necesario que éste corrobore que los concurrentes al acuerdo hubieren prestado su consentimiento en forma libre, y con pleno conocimiento de sus derechos.

Además, el fiscal debe evaluar si en el caso concreto existe un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal, como en el caso que el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigaren en el caso particular.

Pero no cualquier delito puede ser objeto de este acuerdo reparatorio, el legislador solo da cabida a esta institución respecto de delitos cuyo bien jurídico protegido goce de cierta disponibilidad por parte de la víctima. En efecto, el acuerdo reparatorio solo puede referirse a hechos investigados que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos.

En esta institución, se manifiesta la autonomía de la voluntad en esta disciplina jurídica toda vez que el acuerdo no solo tiene por objeto extinguir la responsabilidad civil, sino que este mismo pacto tiene la virtud de privar de efectos penales a un hecho constitutivo de delito, vale decir, es la voluntad de la víctima e imputado la que tiene la fuerza de extinguir la responsabilidad penal.

Otra figura introducida por la reforma procesal penal es la **suspensión condicional del procedimiento (48)**, está presente la autonomía de la voluntad presente toda vez que se trata de un acuerdo entre el fiscal y el imputado, en cuya virtud se interrumpe por determinado lapso de tiempo el procedimiento que se sigue en contra de éste, quedando sujeto al cumplimiento de determinadas condiciones dentro de cierto plazo, todo ello con la venia del juez de garantía. En este caso el juez de garantía, verificará que se cumplen con los requisitos para aplicar esta institución, que son: 1) que la pena que pudiere imponerse al imputado, en caso que se dicte sentencia condenatoria, no excediere de tres años de privación de libertad. 2) que el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito. 3) que el imputado no tenga vigente una suspensión condicional del procedimiento, al verificarse los hechos materia del nuevo proceso.

Esta figura se funda en que existen delitos que no son de tan alta gravedad, y por las características del imputado, que no tiene antecedentes penales, no se justifica aplicar las consecuencias gravosas del proceso penal en sí y de la eventual condena, siempre que el imputado realice determinadas conductas por un periodo establecido, que demuestren que lo que hizo fue un hecho aislado y que no lo repetirá.

En el caso que el imputado quebrante la condición dentro del plazo se continuará el proceso en su contra, hasta la dictación de la sentencia definitiva. Sin embargo, si el imputado cumple con dicha condición, el juez de garantía decretará el sobreseimiento definitivo en la causa, poniendo término al procedimiento y a la responsabilidad penal del imputado.

---

48. Artículo 237 del Código Procesal Penal.

La relevancia de esta institución en el tema que nos ocupa dice relación con que la fuente que da lugar a esta obligación condicional es la voluntad del fiscal y la del imputado, y cumpliéndose la condición se pone término a la responsabilidad de este último, el acuerdo es el fundamento directo e inmediato de las consecuencias penales del hecho que dio lugar al procedimiento criminal.

## **15. Derecho Procesal. Enunciación y Nomenclatura.**

En materia procesal, este principio se manifiesta en diversas instituciones que son fruto del **principio dispositivo (49)** que rige todo el sistema procesal civil y en forma excepcional en el proceso penal, según constatamos en el número anterior.

El principio dispositivo consiste en la facultad que tienen los particulares de acudir o no al órgano jurisdiccional para la satisfacción de una determinada pretensión, por existir en el conflicto sólo un interés privado, que permite a las partes disponer del objeto del proceso.

Doctrinariamente, podemos decir que el principio de la autonomía de la voluntad en el Derecho Procesal, toma su concreción en el principio dispositivo, puesto que en virtud de él, los intervinientes realizan actos o declaraciones de voluntad que producen efectos jurídicamente relevantes dentro del proceso.

Como veremos, existen muchas manifestaciones del principio en esta disciplina jurídica, que nos hacen reafirmar la postura de que la autonomía de la voluntad trasciende al Derecho Privado, siendo transversal en gran parte de las del conocimiento jurídico y la ciencia general del Derecho.

Sin querer hacer un análisis completo y pormenorizado de las materias en que está presente la autonomía de la voluntad en materia procesal, enunciaremos algunos casos, situaciones e instituciones en que este principio se hace patente.

## **16. Derecho Procesal. Actos Unilaterales.**

### **a) EL DESISTIMIENTO DE LA DEMANDA**

Se trata de un acto jurídico procesal de carácter unilateral del demandante, por el cual éste manifiesta su voluntad de no continuar la acción y pretensión contra el demandado en el juicio.

Este acto jurídico se perfecciona con posterioridad a la notificación de la demanda, es decir, una vez que la relación procesal ya se encuentra constituida. En esto se diferencia con el retiro de la demanda, que se realiza fuera del proceso pues tiene lugar antes de la notificación de la acción.

---

49. Apuntes de clases de Derecho Procesal. Profesor Raúl Núñez. Escuela de Derecho, Universidad de Valparaíso. 2003.

Este acto procesal, desde un punto de vista formal es un incidente especial, pero desde la perspectiva de fondo es un mecanismo de autocomposición, es decir, un modo de solución de conflictos en que solo intervienen las partes involucradas, sin requerir que dicho conflicto se resuelva a través de la decisión de un tercero.

Aun cuando para que tenga lugar el desistimiento se requiere una resolución judicial y la aceptación expresa o tácita del demandado, en los hechos el acto se perfecciona con la sola voluntad del demandante, toda vez que no existe ninguna razón para que el juez o el demandado se opongan a él.

En este caso, el mero arbitrio del demandante produce efectos jurídicos en un juicio ya constituido, dando fin al proceso en virtud de la voluntad autónoma del particular.

#### **b) EL ALLANAMIENTO**

Consiste en una declaración de voluntad del demandado en el juicio, en cuya virtud acepta las pretensiones deducidas por el demandante en el juicio.

En otras palabras, la primitiva pretensión insatisfecha durante el transcurso del proceso se reconoce o satisface por el demandado.

En Derecho Procesal, el allanamiento es conocido como un equivalente jurisdiccional, puesto que es una institución que cumple una finalidad semejante a la jurisdicción, que es resolver conflictos de relevancia jurídica con autoridad de cosa juzgada.

El allanamiento por sí solo no da término al proceso, el efecto que produce es que se prescinde de dos etapas dentro del proceso, que son la etapa de conciliación y prueba, toda vez que no es necesario proponer un acuerdo por el juez ni existen controversia sobre hechos sustanciales y pertinentes, pasando directamente a la etapa de sentencia, debiendo el tribunal dictar la resolución que cite a las partes a oírla.

Lo relevante para el tema que nos ocupa es que si bien se requiere una sentencia judicial para dar término al proceso, la voluntad del demandado produce efectos intraprocesales al no verificarse una parte importante del juicio que es la conciliación y la prueba, acortando considerablemente la duración del conflicto que se ventila.

### **17. Derecho Procesal. Actos Bilaterales. Mecanismos Autocompositivos.**

#### **a) LA CONCILIACIÓN**

Es un método de solución de conflictos, que tiene por objeto obtener un acuerdo entre las partes a partir de bases de arreglo propuestas por el juez.

Se trata de una forma alternativa de solución de conflictos, alternativa al proceso y a la sentencia, vale decir, es un modo de autocomposición.

Lo que caracteriza a la conciliación respecto de otras maneras de autocomposición, es el rol activo del juez en esta negociación entre las partes, pues es este sujeto procesal el llamado a proponer el contenido del acuerdo al que las partes eventualmente podrían arribar. El fundamento de su intervención dice relación fundamentalmente en que se presume que el juez es quien conoce mejor las pretensiones de las partes, buscando una solución justa en razón de su imparcialidad frente al conflicto que se ventila.

En doctrina se discute la función que cumple el juez en esta fase del proceso. Algunos como Chioventa, dicen que en este caso el juez ejerce una jurisdicción voluntaria. Otros como el profesor Hugo Pereira (50), dicen que su función es actuar como mediador, sin embargo, desde una perspectiva de fondo, la conciliación no busca acercar a las partes a cualquier acuerdo como en la mediación, sino lo que se busca es llegar a un acuerdo justo.

El legislador en esta materia le ha dado mucha importancia a la conciliación estableciéndolo como un trámite esencial del juicio el llamado a la misma, cuya omisión puede conducir a la declaración de nulidad del juicio, lo cual revela que acuerdo libremente adoptado por las partes y que tiene el mismo valor que una sentencia ejecutoriada, está en el nivel más alto a la hora de producir consecuencias de Derecho.

#### **b) EL AVENIMIENTO (51)**

Es una convención procesal, que aprobada por el juez de la causa, pone término al juicio.

Al igual que la conciliación, el avenimiento también es un método autocompositivo, que se realiza al interior del proceso. Sin embargo, lo que lo caracteriza y diferencia, es que el contenido del acuerdo emana de los propios litigantes, quienes, para que surta efecto, lo someten a la aprobación del juez.

También se trata de un equivalente jurisdiccional en sede intraprocesal, pues suple la función de la jurisdicción al resolver un conflicto de relevancia jurídica a través de un acto bilateral, que contando con aprobación judicial, adquiere la misma fuerza que una sentencia firme, dándole a la voluntad la virtud de poder superar el conflicto que en el litigio se ventila.

---

50. Pereira, Hugo. Juez Conciliador. Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso, Numero 17. Valparaíso. 1996.

51. Apuntes de clases de Derecho Procesal. Profesor Raúl Núñez. Escuela de Derecho, Universidad de Valparaíso.2003.

#### **c) LA TRANSACCIÓN**

Se trata de un contrato en virtud del cual las partes extrajudicialmente y mediante recíprocas concesiones, ponen fin a un litigio pendiente o precaven uno eventual.

Tal como los dos anteriores, estamos frente a un método autocompositivo y a un equivalente jurisdiccional, el cual también es fruto de un acto jurídico bilateral o convención, en cuya virtud se resuelve un conflicto pendiente o uno eventual. Sin embargo, la diferencia con los otros es que este acuerdo tiene lugar fuera del proceso, es decir, se trata de un contrato civil, pero con la particularidad de que esta convención tiene efectos procesales, al resolver un conflicto que se ventila o uno en que existe la posibilidad de que sea ventilado ante un órgano jurisdiccional.

Una vez que este contrato se perfecciona, éste adquiere fuerza de cosa juzgada, lo cual revela que la autonomía de la voluntad en sede extraprocesal, puede producir efectos dentro del proceso por medio de este contrato.

## **18. Derecho Procesal. Actos Bilaterales. En Materia de Prueba.**

### **a) NOMBRAMIENTO DE PERITOS**

En el procedimiento para designar a una persona que tenga conocimientos especiales respecto de alguna ciencia o arte, se estará en primer lugar, al acuerdo a que lleguen las partes en la audiencia que se realiza al efecto, para decidir en la persona o personas en las que recaerá el nombramiento, la calidad, aptitudes o títulos que deban tener y el punto o puntos materia del informe pericial. Solo en el caso que no se llegue a acuerdo, el tribunal resolverá sobre estas materias. Esto revela la importancia de la voluntad de las partes a la hora de determinar quien deberá evacuar un medio de prueba de tal importancia como es la de peritos, dejando esa decisión en primer lugar, al arbitrio de los litigantes.

### **b) CONVENCIONES PROBATORIAS (52)**

Consiste en un acuerdo que celebran los intervinientes de un proceso, respecto de hechos no controvertidos y que al ser aprobados por el tribunal, dispensan de la carga de ser probados por algún medio de prueba legal en el juicio.

A través de esta figura, quienes intervienen en el proceso pueden prescindir de la necesidad de probar un hecho que es materia del juicio, pero que en virtud

---

52. Apuntes de clases de Derecho Procesal. Profesor Raúl Tavolari. Escuela de Derecho, Universidad de Valparaíso. 2005.

del acuerdo que celebran lo dan por establecido, es decir, la voluntad autónoma de los particulares que participan de un proceso judicial, hacen que se produzca un efecto muy relevante, que es dar por probado un hecho respecto del cual no se ha rendido prueba. Ello porque el acuerdo celebrado tiene valor probatorio en sí mismo, lo cual revela la importancia de la voluntad en los procesos donde tiene lugar esta figura. Ella procede en los procedimientos ante los tribunales de familia y en el nuevo proceso penal.

**c) TÉRMINO PROBATORIO ORDINARIO**

En el juicio ordinario de mayor cuantía, las partes tienen un plazo de veinte días para hacer valer sus medios probatorios. Este plazo, en ningún caso, puede aumentarse por la sola voluntad de los litigantes. Sin embargo las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden acordar que el término ordinario de prueba tenga una duración inferior a veinte días, dando a los particulares cierto margen de disposición en relación a la duración de la etapa de prueba, aun cuando solo sea para disminuirlo y no para aumentarlo (53).

## **19. Derecho Procesal. Actos Bilaterales. Otras Situaciones.**

**a) LA PRORROGA DE COMPETENCIA**

Es aquel acto procesal en virtud del cual las partes en el juicio otorgan competencia para conocer de un asunto a un tribunal que naturalmente carece de ella.

Todo tribunal tiene una competencia que es establecida por los preceptos legales, a esto se le denomina competencia natural. Sin embargo, las partes en forma autónoma pueden modificar la competencia que la ley ha determinado a través de esta institución (a la cual también se le conoce como competencia prorrogada), con algunas limitaciones y requisitos, son los siguientes:

- Debe tratarse de un asunto contencioso civil (54): esto significa que la prorroga de competencia no procede en asuntos no contenciosos ni en causas penales, en ambos casos solo hay competencia natural.
- Acuerdo de las partes: esta modificación de la competencia natural requiere el consentimiento de ambas partes del juicio. Este acuerdo puede asumir 2 modalidades:

---

53. Artículo 328 del Código de Procedimiento Civil. "Para rendir prueba dentro del territorio del territorio jurisdiccional del tribunal en que se sigue el juicio tendrán las partes el término de veinte días.

Podrá, sin embargo, reducirse este término por acuerdo unánime de las partes.

54. Artículo 182 del Código Orgánico de Tribunales. "La prorroga de competencia sólo procede en primera instancia, entre tribunales ordinarios de igual jerarquía y respecto de negocios contencioso civiles."

- Expreso (55): aquel que se formula en términos formales, explícitos y directos, en el contrato que da origen al litigio o en uno celebrado con posterioridad.
- Tácito (56): aquel que se desprende de la conducta de los litigantes y que revela inequívocamente su intención de prorrogar la competencia. Respecto del demandante, la conducta se traduce en ocurrir ante el juez interponiendo su demanda, y de parte del demandado, por hacer, después de comparecer en el juicio, cualquiera gestión que no sea la de reclamar la incompetencia.
  - Procede solo entre tribunales ordinarios de igual jerarquía (57).
  - Procede solo en primera instancia (58).
  - La prorroga de competencia solo se aplica respecto de la competencia relativa del tribunal: sólo en relación al factor territorio las partes pueden alterar la competencia natural de un tribunal. La competencia absoluta no puede ser modificada por los litigantes puesto que las normas que la regulan son de orden público, por tanto, indisponibles por la voluntad de las particulares.

La voluntad de los litigantes en esta materia cobra mucha relevancia y produce consecuencias importantes en el proceso, toda vez que las partes gozan de libertad para poder modificar los preceptos legales que regulan la competencia relativa del órgano jurisdiccional, que operan de la misma manera que en los contratos de Derecho privado, es decir, estas normas son supletorias de la voluntad de las partes, aplicándose sólo cuando no haya pacto expreso en relación a la determinación de la competencia del tribunal.

#### **b) EL CASO DEL ART. 313 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL (59)**

Las partes pueden modificar el curso de un juicio por su propia voluntad, puesto que en la estructura de un juicio ordinario, existen las etapas de discusión, conciliación, prueba y sentencia. Los litigantes, una vez agotada la etapa de discusión, pueden convenir en solicitarle al juez que dicte sentencia de inmediato, sin que se verifiquen las etapas de conciliación y prueba. En este caso, el juez citará sin más trámite a las partes a oír sentencia.

---

55. Artículo 186 del Código Orgánico de Tribunales. “Se prorroga la competencia expresamente cuando en el contrato mismo o en un acto posterior han convenido en ello las partes, designando con toda precisión el juez a quien se someten”

56. Artículo 187 del Código Orgánico de Tribunales. “Se entiende que prorrogan tácitamente la competencia: 1.º El demandante, por el hecho de ocurrir ante el juez interponiendo su demanda; 2.º El demandado, por hacer, después de personado en el juicio, cualquiera gestión que no sea la de reclamar la incompetencia.

57, 58. Artículo 182 del Código Orgánico de Tribunales. “La prórroga de competencia sólo procede en primera instancia, entre tribunales ordinarios de igual jerarquía y respecto de negocios contencioso civiles.”

59. Artículo 313 del Código de Procedimiento Civil. “Si el demandado acepta llanamente las peticiones del demandante, o si en sus escritos no contradice en materia substancial y pertinente los hechos sobre que versa el juicio, el tribunal mandará citar a las partes para oír sentencia, una vez evacuado el traslado de la réplica.

Igual citación se dispondrá cuando las partes pidan que se falle el pleito sin más trámite.

La autonomía de la voluntad de las partes litigantes hace que en el juicio se prescindiera de los trámites de conciliación y prueba, es decir, la sola fuerza del acuerdo de los litigantes hace que el curso del juicio se acorte significativamente, corroborando el valor de la voluntad de los particulares en la sustanciación y resultado de un proceso.

**c) EN MATERIA DE ARBITRAJE**

Los jueces árbitros, son particulares que ejercen la función jurisdiccional en determinadas materias.

En su designación, la autonomía de la voluntad tiene cabida, puesto que las partes pueden nombrarlo de común acuerdo, rigiéndose para ello por las mismas normas que se establecen para el informe de peritos, sin perjuicio de que lo pueda nombrar la autoridad judicial en subsidio o la ley en ciertos casos. Pero no solo a través del acuerdo se puede hacer valer esta voluntad autónoma en la designación de un árbitro, sino que además puede hacerse efectivo este nombramiento en virtud de la sola voluntad unilateral del testador, que vele por el proceso de distribución de sus bienes, luego de su fallecimiento, tomando este árbitro el nombre de partidario.

Pero la libertad de las partes no se agota solo en la designación de la persona en la cual recaerá la responsabilidad de ser juez árbitro, sino también las partes son autónomas en decidir, salvo los casos de arbitraje prohibido, en someter la resolución de un asunto litigioso a la decisión de un árbitro, celebrando el contrato de compromiso, o bien introduciendo una cláusula compromisoria, en cuya virtud se reserven las partes la facultad de designar a la persona del árbitro en un acto posterior.

Esta autonomía también se refleja en la figura de los árbitros arbitradores y los árbitros mixtos. En ambos casos, las partes en el acto constitutivo del compromiso, pueden determinar las reglas conforme a las cuales se sustanciara el procedimiento del que conocerá el árbitro, y en el caso de los arbitradores además, pueden determinar la manera en que pronunciará el fallo que decida la contienda.

Además, nuestra legislación, en forma complementaria, regula un arbitraje especial establecido en la Ley Sobre Arbitraje Comercial Internacional (60), que establece normas específicas para el caso en que se constituya un arbitraje de carácter internacional, disponiendo una serie de hipótesis que nos dicen cuándo debemos entender que un arbitraje es internacional (61).

---

60. Ley 19.971. D.O. 29 de septiembre de 2004.

61. Artículo 1º número 3 de la Ley 19.971. D.O. 29 de septiembre de 2004.

En dicha ley la autonomía de la voluntad también se manifiesta toda vez que se establece expresamente lo que debemos entender por acuerdo de arbitraje, diciendo que es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente (62).

Esta ley tiene mucha relevancia para el tema que nos ocupa puesto que en ella se establece el acuerdo como única fuente que puede dar origen a un arbitraje comercial internacional, con independencia de si el conflicto se produjo o no en el contexto de una relación contractual. Por tanto, es la autonomía de la voluntad de las partes la única capaz de dar lugar a la constitución de un arbitraje internacional.

**d) SUSPENSION DEL PROCEDIMIENTO (63)**

Las partes, en ejercicio de su autonomía privada, pueden disponer del proceso, como consecuencia de esta prerrogativa, están facultadas para suspender el procedimiento en el cual hacen valer sus pretensiones. Esto por una sola vez en cada instancia y hasta por un plazo máximo de noventa días, quedando pendientes los plazos que estuvieren corriendo a la fecha de ejercer este derecho y continuarán corriendo una vez vencido el plazo de suspensión convenido. Incluso este derecho se puede hacer valer en la Corte Suprema en ciertas circunstancias.

Esto demuestra que las partes tanto en tribunales inferiores como superiores pueden hacer uso de esta facultad que les permite a las partes flexibilizar el curso del proceso con gran latitud.

**e) SUSPENSION DE LA VISTA DE LA CAUSA (64)**

En la misma línea anterior, en materia de apelación también las partes, de común acuerdo, por una sola vez, pueden suspender la vista de una causa que se encuentra en tabla, en cuyo caso ella se pondrá en la programación de salas de la semana siguiente. Pero aún más, cada parte por si sola y en forma unilateral, tiene derecho a suspender la vista de alguna causa que se encuentra en tabla. En este caso, cada parte en forma autónoma está facultada para que dicha causa se suspenda y sea vista la semana siguiente, y a cuya petición la Corte de

---

62. Artículo 7º número 1 de la Ley 19.971. D.O. 29 de septiembre de 2004.

63. Artículo 64 inciso 2º del Código de Procedimiento Civil. “Las partes, en cualquier estado del juicio, podrán acordar la suspensión del procedimiento hasta por un plazo máximo de noventa días. Este derecho solo podrá ejercerse por una sola vez en cada instancia, sin perjuicio de hacerlo valer, además, ante la Corte Suprema en caso que, ante dicho tribunal, estuviesen pendientes recursos de casación o de queja en contra de la sentencia definitiva. Los plazos que estuvieren corriendo se suspenderán al presentarse el escrito respectivo y continuarán corriendo vencido el plazo de suspensión acordado”.

64. Artículo 165 N° 5 del Código de Procedimiento Civil.

Apelaciones no se puede negar, si se ha hecho en forma, es decir, habiéndose presentado el escrito antes de las 12 hrs. del día hábil anterior a la vista de la causa respectiva.

Todas estas demostraciones del principio que estudiamos en este número nos permiten refrendar la tesis de que la autonomía de la voluntad es un principio general del derecho, por todas las proyecciones que tiene en materias ajenas a las que tradicionalmente se le atribuye valor.

## **20. Otros Aspectos.**

El principio de autonomía de la voluntad, también tiene implicancias en ciertas instituciones dispersas en el ordenamiento jurídico, que se encuentran regulados en leyes especiales y que se refieren a una materia específica. De distintas maneras, y en mayor o menor medida la voluntad de los particulares tiene incidencia en la producción de efectos jurídicos.

En este punto haremos una breve presentación de algunas de estas instituciones, con el objeto de develar la amplitud del principio en estudio en las más diversas zonas de la legislación, y que demuestran que la autonomía de la voluntad ha servido de inspiración en las áreas más heterogéneas de nuestro Derecho.

Algunos casos en que se manifiesta la autonomía de la voluntad:

### **a) EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL (65)**

El principio de autonomía de la voluntad en esta materia específica tiene ciertas implicancias particulares, que se traducen en un cierto amoldamiento a las características específicas de esta materia jurídica.

La gran mayoría de los actos jurídicos que versan sobre materias de propiedad intelectual son atípicos, es decir, no están reglamentados por la ley, ni en sus elementos esenciales, ni en relación a los derechos y obligaciones que se entienden incorporados por reglas supletorias de la voluntad de las partes. Por tanto, la regulación de estas materias está enteramente entregada a la voluntad de los particulares que constituyen alguna relación de Derecho, es decir, el principio de autonomía de la voluntad cobra aún mayor relevancia en materia de propiedad intelectual, toda vez que las partes deberán ser muy previsoras, regulando en sus contratos todas situaciones posibles, para que en el caso de un posible conflicto encuentren en el propio texto del contrato la solución de éste.

---

65. Ochoa, María Julia. Implicaciones del Principio de Autonomía de la Voluntad en materia de Propiedad Intelectual. Revista Ventana Legal. Caracas. 2004.

A nivel práctico, la voluntad de las partes cobra mucha importancia en materia de propiedad intelectual, ya que en caso de que el conflicto se judicialice, el órgano jurisdiccional no podrá aplicar la ley del contrato, por no existir en él la respuesta a la que se debe arribar en alguna determinada situación. El juez tendrá que aplicar el espíritu general de la legislación y la equidad natural, lo cual lo llevará necesariamente a tener que aplicar los efectos de algún contrato típico (o reglamentado por el legislador) que tenga la mayor afinidad o similitud con el que es objeto del juicio, que por muy parecidos que sean quizás no es el reflejo de las consecuencias que las partes hubiesen querido que se produjera de haber previsto la situación materia del conflicto.

Pero no sólo por esto la autonomía de la voluntad reviste características especiales, sino que también el principio en estudio tiene ciertas particularidades en materia de propiedad intelectual dado la íntima relación que tiene con el principio de igualdad jurídica de las partes que intervienen en un acto jurídico.

En el Derecho de Marcas y el Derecho de Patentes el principio de la autonomía de la voluntad mantiene sus caracteres comunes, toda vez que en estas áreas existe una real igualdad jurídica entre los sujetos de la relación, pues ambos detentan un similar poder negociador.

Sin embargo, no ocurre lo mismo en el Derecho de Autor, en que la autonomía de la voluntad presenta ciertas particularidades por el desequilibrio entre las partes que celebran un contrato regulado por esta rama del Derecho. En efecto, uno de estos sujetos tiene un poder negociador muy inferior al de su contraparte, justificando que la ley le otorgue cierta protección a estos sujetos (que la doctrina los denomina “débiles jurídicos”). Lo mismo ocurre con otras ramas del Derecho que se caracterizan por su tuitividad, como la legislación laboral y la de protección al consumidor.

Las normas del Derecho de autor, se caracterizan en gran medida por estar presente dicha tuitividad, lo cual se justifica porque la existencia en el mercado una oferta de las obras de parte de sus autores superior a la demanda de las mismas.

## **b) EN MATERIA DE FILIACIÓN ADOPTIVA**

Para poder explicar la vinculación entre una materia de orden público como es la adopción y el principio de la autonomía de la voluntad, es menester hacer un breve repaso acerca de la historia de las leyes que en Chile han existido sobre esta materia.

La primera legislación de adopción fue inaugurada con la Ley 7.613 que establecía lo que se denomina adopción común u ordinaria, en cuya virtud los adoptados en conformidad a esta ley no se le otorgaba el estado civil de hijo, sin embargo, tenían los derechos hereditarios de un hijo natural, es decir, concurría en

la herencia por la mitad de lo que obtenía por herencia un hijo legítimo.

Con posterioridad, se dictó la Ley 18.703 que tuvo vigencia simultánea con la primera ley de adopción descrita anteriormente. Los adoptados acogidos a esta ley pasaban por dos etapas dentro del proceso para obtener la filiación:

- *Adopción Simple:* en una primera etapa los adoptantes solo adquirían el cuidado personal del adoptado, pero este no tenía ni la calidad de hijo de los adoptantes y también carecía de derechos hereditarios.
- *Adopción Plena:* cumpliendo ciertos requisitos los adoptantes podían acceder a la adopción plena del menor, en cuya virtud tenía los mismos derechos que un hijo legítimo.

En este contexto, se promulga la actual legislación de adopción, a través de la Ley 19.620, derogando las dos leyes anteriores, y en la cual, una vez completado el proceso, los adoptantes adquieren el estado civil de padres del niño, niña o adolescente y a su vez, el adoptado adquiere la calidad de hijo de los adoptantes, teniendo los mismos derechos que por ley le corresponden a los hijos de filiación biológica.

El adoptado pierde los vínculos de filiación con su familia biológica o de origen, solo conservando el impedimento para contraer matrimonio que establece el artículo 6° de la Ley de Matrimonio Civil.

Cabe recordar que actualmente todos los hijos cuya filiación se encuentre determinada y por cualquier medio (incluida la adopción), tienen iguales derechos, terminando con la distinción entre hijos legítimos, naturales e ilegítimos (66).

Los adoptados según las leyes de adopción anteriores conservan los mismos derechos que les concedían dichos textos legales, es decir, ellos no se ven beneficiados con los efectos de la adopción de la Ley 19.620.

No obstante lo anterior, entre adoptantes y adoptados, cualquiera sea su edad, podrán acordar que se les apliquen los efectos que establece el artículo 37 inciso primero de la Ley 19.620 (67), cumpliéndose ciertos requisitos.

Es decir, se permite celebrar un **convenio** entre adoptantes y adoptados cuyo objeto es darle al adoptado los mismos derechos que la Ley 19.620 les reconoce, es decir, a través del acuerdo los adoptados acogidos a las leyes de adopción anteriores adquieren el estado civil de hijo de los adoptantes, en consecuencia, se produce entre adoptante y adoptado todos los efectos de la filiación, naciendo todos los derechos-deberes recíprocos que la ley establece entre padres e hijos.

Este acuerdo debe cumplir los siguientes requisitos:

---

66. Artículo 33 del Código Civil. “Tienen el estado civil de hijos respecto de una persona aquellos cuya filiación se encuentra determinada, de conformidad a las reglas previstas por el Título VII del Libro I de este código. La ley considera iguales a todos los hijos.

67. Artículo 37 inciso 1°, primera parte de la Ley 19.620. “La adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo de los adoptantes, con todos los derechos y deberes recíprocos establecidos en la ley, y extingue sus vínculos de filiación de origen, para todos los efectos civiles...”

- Debe constar por escritura pública que suscribirán adoptante y adoptado, quien puede actuar por si o a través de curador especial, cuando por ejemplo, es menor de edad.
- Si la adopción se otorgó en virtud de la Ley 7.613, deberá concurrir el consentimiento de ciertas personas.
- Si la filiación adoptiva quedó en etapa de adopción simple de la ley 18.703, el adoptado que está casado y no separado judicialmente, deberá contar con la venia de su respectivo cónyuge.
- Este pacto además debe someterse a aprobación judicial, que la otorgará luego que se realicen ciertas diligencias que el tribunal estime necesarias para acreditar las ventajas para el adoptado. En el caso de la Ley 7.613 es necesaria una audiencia de parientes; y en el caso de la Ley 18.703, se requiere audiencia de los padres del adoptado siempre que ello sea posible.
- La escritura pública y la resolución que aprueba este pacto, deberán remitirse al respectivo Registro Civil con el objeto de que se practique una nueva inscripción de nacimiento del adoptado que los tiene por hijos de los adoptantes, aplicando los efectos que la Ley de Adopción vigente establece.

## **21. Síntesis y Conclusiones.**

En este trabajo hemos pretendido hacer un análisis del principio de la autonomía de la voluntad, pero no desde la clásica perspectiva privatista, sino desde el punto de vista de la Ciencia General del Derecho, para lo cual fue necesario, desde luego, indagar en algunos aspectos que también son tratados por los juristas del Derecho privado; sin embargo, el objeto de este trabajo fue tratar este tema dejando de lado algunos lugares comunes, propugnando la plena vigencia que tiene este principio en el Derecho moderno e indagando en aquellas áreas en las que está presente y que con anterioridad no tenía cabida.

Partimos hablando en términos muy generales acerca de lo que entendemos por autonomía de la voluntad, con el objeto de introducirnos al tema desde sus aspectos o elementos más básicos.

Luego analizamos diversas opiniones que acerca de la autonomía de la voluntad han tenido algunos autores en diversos momentos de la historia de la filosofía, como las que tuvo Kant al respecto, o Hegel, entre otros filósofos.

En seguida, nos avocamos a establecer y constatar que la autonomía de la voluntad no es solo un principio, sino que se trata de un principio general del Derecho pues se trata de un enunciado lógico que, a través del método inductivo, comprende el contenido del todo el ordenamiento jurídico.

Con posterioridad, nos referimos a algunos casos en los cuales tiene incidencia la autonomía de la voluntad, pero que producen ciertas situaciones problemáticas. Una vez planteado el conflicto, propusimos algunas posibles soluciones al mismo.

Después, investigamos acerca de los antecedentes históricos del principio de la autonomía de la voluntad, partiendo desde el Derecho Romano hasta nuestra realidad actual, estableciendo como hito más importante en esta evolución a la Revolución Francesa.

Establecido lo anterior, tratamos la definición del principio de la autonomía de la voluntad. Partimos con algunas definiciones dadas por los juristas y sus respectivas observaciones, para con posterioridad entregar un concepto de nuestra autoría que, a nuestro juicio, reuniera los elementos fundamentales del principio.

Consignado definitivamente lo que vamos a entender por principio de la autonomía de la voluntad, tratamos los requisitos del mismo, los cuales a su vez constituyen límites para el individuo que ejerce su voluntad autónoma.

Luego estudiamos los fundamentos de Derecho que justifican que la autonomía de la voluntad tenga presencia en el ordenamiento jurídico en su integridad.

La parte final de nuestro trabajo tuvo por objeto establecer las diversas manifestaciones que el principio de la autonomía de la voluntad tiene en diversas ramas del Derecho. Tratamos diversas normas, situaciones e instituciones, pero mirado desde el punto de vista de la autonomía de la voluntad.

Así, por ejemplo, vimos como la voluntad se manifestaba en materias como el testamento, la contratación administrativa, en los delitos de acción privada, el desistimiento de la demanda civil, en materia de filiación adoptiva, etc.

A través de este recorrido por los diversos puntos de vista desde los cuales fue analizado el principio de la autonomía de la voluntad, hemos podido constatar que este principio forma parte del estudio de la Ciencia General del Derecho, toda vez que pudimos demostrar que la autonomía de la voluntad está presente en todo el ordenamiento jurídico, que tiene presencia no solo en el Derecho privado como tradicionalmente se ha creído, sino que además se extiende a todas las áreas de nuestro Derecho.

Por esta razón, hemos llegado a la absoluta convicción de que la autonomía de la voluntad es un principio general del Derecho, que tiene la virtud de servir de guía en la adopción de normas jurídicas particulares cuya fuente provenga de la voluntad autónoma del individuo, pues establece los elementos más básicos y abstractos, obtenidos a través del método inductivo, que toda manifestación de voluntad debe tener para producir efectos jurídicos, creando, modificando o extinguiendo derechos subjetivos y deberes jurídicos.

Como reflexión final, podemos decir que este trabajo contribuye a que el principio de la autonomía de la voluntad sea replanteado no solo desde el punto de vista de su campo de aplicación, sino también como un medio justo y eficaz para la adopción de soluciones jurídicas en la actualidad frente a situaciones que cada vez adquieren mayor complejidad.

## **Bibliografía.**

1. Blanco, Alberto. *Curso de Obligaciones y Contratos de Derecho Civil Español*. T II, p. 41. La Habana. Editorial Cultural 1930.
2. Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Traducción de E. Bozo. Editorial Debate. Madrid. 1991.
3. Colin y Capitant. *Curso Elemental de Derecho Civil*. Instituto Editorial Reus. Madrid. 1922.
4. Corral, Hernán. *Adopción y Filiación Adoptiva*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2002.
5. Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Editorial A. López. Buenos Aires. 1942.
6. Del Río F., Carlos. *El Principio del Consenso de las Partes en el Proceso Penal y Enjuiciamiento Jurisdiccional: Aclaraciones Conceptuales Necesarias*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 35 N°1, pp. 157-182. Santiago. 2008.
7. Duguit, León. *Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*. Traducción de Carlos Posada. Madrid. Editorial Francisco Beltrán. 1912.
8. García de Enterría, E. y Fernández T. R. *Curso de Derecho Administrativo I*. Editorial Cívitas. Madrid. 2000.
9. García Maynes, Eduardo. *Filosofía del Derecho*. México. Editorial Porrúa. 1989.
10. Hegel, Georg. *La Filosofía del Derecho*. Berlín. Editorial Claridad. 1821.
11. Hojman Pezoa, Bernardo. *Autonomía de la Voluntad y Libertad Contractual*. Santiago. Memoria de Grado. Escuela de Derecho, Universidad de Chile. 1945.
12. Kant, Immanuel. *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Traducción de Manuel García Morente. Madrid. Editorial Calpe. 1921.
13. Lecompte, Henri. *Essai sur la notion de Faculté en Droit civil*. Tesis Doctoral. París. Université de Paris. 1930.
14. Llanos Medina, Artemio. *El Principio de Autonomía de la Voluntad y sus Limitaciones*. Memoria de Grado. Valparaíso. Escuela de Derecho, Universidad de Chile. 1944.

15. Loysel, Antoine. *Institutes Coutumières*. Edición de París. Editorial Yves Lassard. París.1846.
16. Mayer, Otto. *Instituciones de Derecho Administrativo Alemán, tomo I*. Traducción española, Buenos Aires, 1949.
17. Ochoa, María Julia. *Implicaciones del Principio de Autonomía de la Voluntad en materia de Propiedad Intelectual*. Revista Ventana Legal. Caracas. 2004.
18. Oelckers Camus, Osvaldo. *En torno al Concepto de Contrato Administrativo*. Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso. 1979.
19. Pereira, Hugo. *Juez Conciliador*. Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso, Numero 17. Valparaíso. 1996.
20. Perrin, Jean-Francois. *La Autonomía de la Voluntad y Pluralismo Jurídico en Nuestros Días*. Porto Alegre. Revista de Sociología, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2005.
21. Schopenhauer, Arthur. *El Mundo como Voluntad y Representación*. Traducción de Pilar López de Santamaría. Madrid. Editorial Trotta. 2003.

*Principales Códigos y Leyes Consultadas:*

- a) Constitución Política de la República.
- b) Código Civil.
- c) Código de Procedimiento Civil.
- d) Código Procesal Penal.
- e) Código Orgánico de Tribunales.
- f) Ley 19.496 Sobre Protección al Consumidor.
- g) Ley 19.911 Sobre Defensa de la Libre Competencia.
- h) Ley 19.971 Sobre Arbitraje Comercial Internacional.
- i) Ley 19.620 Sobre Adopción.

## Índice.

22. Introducción.....	2
<b>Capítulo I.</b>	
<b>Planteamiento del Tema.....</b>	<b>3</b>
23. El Principio de la Autonomía de la Voluntad.....	3
24. Diversas Perspectivas de Análisis.....	5
25. La Perspectiva General.....	8
26. Algunos Problemas.....	11
<b>Capítulo II.</b>	
<b>Algunos Aspectos Fundamentales.....</b>	<b>16</b>
27. Antecedentes Históricos.....	16
28. Definición del Principio.....	19
29. Requisitos o Límites de la Autonomía de la Voluntad.....	23
30. Justificación o Fundamento.....	27
<b>Capítulo III.</b>	
<b>El Principio de la Autonomía de la Voluntad en los diversos</b>	
<b>Ámbitos Jurídicos.....</b>	<b>30</b>
31. Planteamiento del Tema.....	30
32. Derecho Privado.....	32
33. Derecho Público. Introducción.....	37
34. Derecho Público. Contratación Administrativa.....	38
35. Derecho Penal.....	40
36. Derecho Procesal. Enunciación y Nomenclatura.....	43
37. Derecho Procesal. Actos Unilaterales.....	43
38. Derecho Procesal. Actos Bilaterales. Mecanismos Autocompositivos.....	44
39. Derecho Procesal. Actos Bilaterales. En Materia de Prueba.....	46
40. Derecho Procesal. Actos Bilaterales. Otras Situaciones.....	47
41. Otros Aspectos.....	51
42. Síntesis y Conclusiones.....	55
<b>Bibliografía.....</b>	<b>57</b>