

402 inciso 3º) bien debieran resolverse manteniendo la validez de la parte que se considere no excesiva y solo considerar ineficaz el exceso.

e) También servirá para justificar la integración del contrato por parte del juez. La norma del art. 17 E de la Ley Nº 19.496 que permite al juez adecuar el contrato completando las cláusulas faltantes a un contrato de servicios financieros en general, si bien en principio es específica y de interpretación restrictiva, no puede significar que en ningún otro caso de nulidad parcial en que el contrato no pueda subsistir por sí mismo con las cláusulas válidas restantes. Bien pudieran existir hipótesis en que el juez, en otros ámbitos, pudiera estar autorizado para reemplazar una cláusula nula, por ejemplo, por la que es usual, como sucede con la remuneración del mandatario.

De esta forma, podemos resumir nuestras conclusiones en las siguientes:

1. El principio de conservación de los actos jurídicos es un principio general del derecho y no solo aplicable a los actos jurídicos; y que excede el ámbito del derecho civil.

2. El principio tiene bases históricas y está ampliamente recogido en la legislación en innumerables normas.

3. Las normas que son manifestación expresa de este principio deben interpretarse extensivamente y no restrictivamente.

4. Un entendimiento correcto de este principio nos debería llevar a reorientar la aplicación de ciertas instituciones, como sucede con la nulidad y la resolución; como asimismo para dar una pauta de solución respecto de algunos problemas no resueltos por la ley.

5. Con todo, se trata solo de un principio y no de una regla (salvo los casos, variados, en que encuentra concreción). Por lo mismo, su función es sólo orientadora.

6. Que, sin embargo, el principio tiene límites: que el acto pueda producir efectos útiles al menos parcialmente, que la mantención del acto no sea contrario a la voluntad de su autor o de las partes ni que esté prohibido por la ley.

7. Tampoco se opone al principio la existencia de disposiciones que van en sentido contrario. Así sucede, por ejemplo, con el derecho a retracto unilateral consagrado en los arts. 3 bis y 3 ter de la Ley Nº 19.496.

¿AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD?

Felipe Jiménez Castro*

I. INTRODUCCIÓN

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO FALSIFICACIÓN HISTÓRICA

Tradicionalmente, se ha enseñado que el principio de autonomía de la voluntad es uno de los principales fundamentos que subyace al Código Civil chileno. En este sentido, durante mucho tiempo ha sido un lugar común en nuestra doctrina la idea de que el artículo 1545 del Código Civil, que —como se sabe— consagra la fuerza obligatoria de los contratos, tiene como fundamento el principio de autonomía de la voluntad.

Carlos PIZARRO, en un artículo publicado hace casi diez años,¹ puso de manifiesto que esa extendida idea no tiene asidero alguno en el análisis histórico de las fuentes del artículo 1545 del Código Civil ni de su símil francés, el artículo 1134 del *Code Civil*. La explicación del profesor PIZARRO es suficientemente clara y bien documentada, a mi juicio, para llegar a la conclusión de que, desde el punto de vista de las fuentes, la noción de que la autonomía de la voluntad es el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato constituye, en realidad, una *falsificación histórica*.

* Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Docente de Derecho Civil, Universidad Adolfo Ibáñez. Quisiera agradecer los comentarios y críticas que formularon a borradores anteriores de este trabajo Francisca Marinakis, Marcela Prieto, Rafael Collado, Manuel González, Crescente Molina, Andrés Peñaloza y Rodrigo Vallejo, así como al Profesor Íñigo de la Maza por los comentarios que formuló a la ponencia presentada en las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en la Universidad Austral de Chile.

¹ PIZARRO, Carlos. "Notas críticas sobre la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del artículo 1545 del Código Civil chileno", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31 Nº 2, 2004, pp. 225-237.

Desde el punto de vista histórico, entonces, la tesis del profesor PIZARRO pareciera ser correcta.² Como ha observado Ranouil, al menos en Francia los teóricos tradicionales del derecho privado parecían hostiles a la filosofía; no parecen haber leído demasiado a KANT; y nunca usaron la expresión "autonomía de la voluntad".³

Pero ¿dónde nos deja eso? ¿Cómo podemos entender, entonces, el derecho privado, y en particular el derecho de contratos? Más aun ¿es necesario concluir, como lo hace PIZARRO, que dado que la autonomía no tuvo la relevancia histórica que tradicionalmente se le asigna, ella "no constituye el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato"?⁴

¿Qué explica, por otra parte, que parte importante de los profesores de derecho civil sigan confiriéndole a este principio la relevancia que le otorgan? ¿Qué explica, del mismo modo, que tanto en sistemas del *common law* como de derecho continental se hable todavía de este principio, aunque sea para criticarlo?

Uno podría pensar que la explicación está, simplemente, en la inercia de los profesores de derecho civil. Pero creo que esta respuesta, además de poco caritativa, no es capaz de dar cuenta de la verdadera relevancia teórica de este principio. Por ello, incluso concediéndole el punto histórico al profesor PIZARRO (pero no la consecuencia que de él extrae), en este trabajo quiero plantear que hay buenas (y atendibles) razones por las que el principio de autonomía privada tiene un rol fundamental en el derecho privado y en el derecho de contratos, y es deseable que así sea.

² Sin perjuicio de esto, la idea de que la fuerza obligatoria del contrato deriva del acro libre y autónomo de una persona es relativamente antigua. Esta noción, que pone en el centro del carácter vinculante de los contratos en el hecho de ser libremente celebrados, se puede encontrar ya en el pensamiento de Scoto (GORDLEY, James, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, New York, Oxford University Press, 1991, pp. 24-25). Por otra parte, también "los escolásticos tardíos reconocían que los contratos son formados por la voluntad de las partes", aunque "al expresar su voluntad, en todo caso, las partes ejercían las virtudes aristotélicas de mantener las promesas, liberalidad o justicia conmutativa" (*Ibid.*, p. 162). Ya en el siglo XIX, en tanto, "los juristas franceses típicamente explicaban que las voluntades de dos o más partes formaban un acuerdo (*convenção*), y que un acuerdo para crear una obligación era un contrato" (*Ibid.*, p. 162). Gordley cita en esta postura a Duranton (1834-7), Demolombe (1854-82), Laurent (1869-78) y Larombière (1857).

³ RANOUIL, Valérie, "L'Autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept", Paris, PUF, 1980, p. 9, pp. 53-55, p. 79; citada por GORDLEY, James, *Foundations of Private Law*, New York, Oxford University Press, 2006, p. 15.

⁴ PIZARRO, cit. (n. 1), p. 237.

Estas razones son de orden descriptivo, dado que el principio de la autonomía privada tiene fuerza explicativa respecto a las instituciones actualmente vigentes en el derecho civil chileno. Sin embargo, también existen buenas razones de orden valorativo a favor de la autonomía, puesto que ella, según pretendo argumentar, es un ideal atractivo desde el punto de vista moral, y es consistente con nuestras convicciones compartidas acerca de la vida en común.

II. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, AUTONOMÍA PRIVADA, AUTONOMÍA INDIVIDUAL

Como es sabido, en esta materia existe una considerable dispersión terminológica. En efecto, al revisar la doctrina hispanoamericana es posible encontrar las expresiones autonomía de la voluntad, autonomía privada y libertad contractual, todas ellas muchas veces con sentidos similares, si no derechamente idénticos.⁵ En cualquier caso, no me interesa detenerme demasiado en las distinciones terminológicas. Por el contrario, en adelante se utilizan las expresiones *autonomía privada* y *autonomía individual* como sinónimos, sólo excluyendo, por las razones que se expresarán más adelante, la expresión *autonomía de la voluntad*.

Existen diversas definiciones respecto a qué debemos entender por *autonomía privada*. Se puede tomar, por ejemplo, y como punto de partida, la sintética definición de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, para quienes "la autonomía privada es el poder de dictarse uno a sí mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse uno a sí mismo".⁶ Estos autores también señalan que "la autonomía privada es libertad individual".⁷ En términos aun más breves, Federico DE CASTRO definía a la autonomía privada como "un poder individual de autodeterminación".⁸

Pero este tipo de definiciones, si bien son útiles por su amplitud, justamente por ello presentan un considerable déficit. Ese déficit consiste en que

⁵ Al respecto, véase DÍEZ-PICAZO, Luis, "A vueltas con la autonomía privada en materia jurídica", *Diario La Ley*, 2011, N° 7.765, p. 1.

⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis, GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Tecnos, 2012, p. 367.

⁷ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, cit. (n. 6), p. 367.

⁸ DE CASTRO, Federico, "El negocio jurídico", Madrid, Civitas, 1991, p. 12; citado por BARCIA, Rodrigo, "La autonomía privada como principio sustentador de la teoría del contrato y su aplicación en Chile", *Cuaderno de Análisis Jurídico*, III, 2006, p. 162.

se trata de definiciones excesivamente generales, cuyo campo de aplicación no se limita al derecho de contratos, y ni siquiera al derecho privado, de manera que hay que ir precisándolas un poco más para poder clarificar realmente cuál es la noción relevante de *autonomía* para el derecho contractual.

En este sentido, a mi juicio es fundamental plantear dos precisiones adicionales para dotar de contenido sustantivo la noción de autonomía individual que resulta relevante para el derecho contractual.

En primer lugar, el concepto de autonomía en el derecho de contratos es una noción *delgada* o *formal*. En este sentido, nuestras instituciones de derecho privado no tienen como fin intrínseco el desarrollo de vidas moralmente valiosas. El derecho privado simplemente otorga herramientas —de las cuales tal vez el contrato es la más relevante— para que los distintos proyectos de vida escogidos por los individuos puedan ser llevados adelante. El punto fundamental es que para llevar a cabo proyectos que estimamos valiosos necesitamos valernos de la colaboración voluntaria de los otros. Esta es la noción de autonomía que subyace al derecho contractual.

La noción descrita es delgada o formal en el sentido que ella no se vincula a una ética perfeccionista de la autonomía, como los ideales de plenitud, autoconocimiento, etc. Todos esos ideales perfeccionistas resultan extraños a la noción de autonomía que permite explicar las instituciones del derecho civil (y particularmente del derecho de contratos). Por el contrario, la noción de autonomía a la que me refiero es una noción menos ambiciosa. En cierto sentido, al derecho civil le basta un sentido menos filosóficamente profundo de la autonomía. Esto se debe a que el derecho civil tiene una noción inclusiva de autonomía,⁹ ya que “ser autónomo en este sentido debe contar como el caso general, al menos para los adultos. En este respecto, la autonomía debe ser independiente de la medida en que las personas alcancen concepciones ideales de personalidad autónoma o libertad positiva, siempre y cuando ellos alcancen ciertos requisitos respecto a su racionalidad, autorreflexión y autocontrol”.¹⁰ Se trata, en definitiva, de un concepto fundamentalmente jurídico, y no moral o ético.¹¹

⁹ En el sentido de GUTMANN, Thomas, “Liberal theories of contract and the notion of autonomy”, first draft, Tel Aviv, 2013, disponible en http://www.law.tau.ac.il/Heb/_Uploads/dbsAttachedFiles/GutmannLiberal6-3-13.pdf, p. 15.

¹⁰ GUTMANN, cit. (n. 9), p. 16.

¹¹ Vale aquí recordar lo que sostenía Savigny: “A nosotros en el área del derecho no nos interesan para nada las dificultades especulativas respecto al concepto de libertad. Para nosotros, la voluntad

Es necesario, asimismo, hacer una segunda precisión. El concepto de autonomía privada, cuando se aplica en materia contractual, no es mera autodeterminación individual, como dice la definición de Díez-Picazo y Gullón que citaba más arriba. En este sentido, podríamos decir que en materia contractual (es decir, en actos jurídicos bilaterales destinados a crear obligaciones) la autonomía es autodeterminación conjunta, de manera que ninguno de los contratantes se somete a la voluntad del otro, sino que ambos interactúan en una relación de reciprocidad y en términos razonables.¹² En materia contractual, la idea de autonomía, en definitiva, es una idea relacional.¹³ Por esta razón, la clásica crítica de Kelsen (y que Pizarro reproduce),¹⁴ en el sentido de que el principio de autonomía privada no permite explicar por qué el derecho le debe más deferencia a la voluntad pasada del contratante incumplidor que al momento de la ejecución, es errada. Para el derecho contractual, la autonomía es un poder de autodeterminación conjunta,¹⁵ conjunción que se da precisamente al momento de perfeccionamiento del contrato. En este sentido, el compromiso del derecho de contratos con la autonomía es al mismo tiempo un compromiso con un ideal colaborativo, en el que los contratantes —si bien están mutuamente desinteresados, y su motivación para contratar suele ser su autointerés— forman una comunidad fundada en el respeto recíproco, aunque circunscrito a los contornos específicos de la relación contractual.¹⁶

Finalmente, si bien el uso de la expresión *autonomía de la voluntad* se hizo común en los tratadistas franceses de finales del XIX, en cualquier caso para la filosofía kantiana esta expresión no está vinculada al derecho. Desde el punto de vista kantiano, la noción de autonomía no se vincula al ámbito jurídico —para el cual las motivaciones son irrelevantes, pues basta actuar conforme al deber—, sino a la moral —para la cual la única motivación moralmente correcta para las máximas o principios subjetivos de determinación de la voluntad es el

está basada simplemente en la apariencia, esto es, en la capacidad, de efectuar una elección entre varias alternativas” (Citado por GORDLEY, cit. (n. 2), p. 16).

¹² HEVIA, Martín, “Separate persons acting together”, tesis doctoral, *University of Toronto*, 2007, p. 1.

¹³ HEVIA, cit. (n. 12), p. 49.

¹⁴ PIZARRO, cit. (n. 1), p. 236.

¹⁵ En este sentido, desde una perspectiva kantiana, Arthur Ripstein señala que en materia contractual, “en lugar de meramente coincidentes, nuestras elecciones deben ser conjuntas” (RIPSTEIN, Arthur, *Force and Freedom. Kant's legal and political philosophy*, Cambridge, Harvard University Press, 2009, p. 109).

¹⁶ En este sentido, MARKOVITS, Daniel, “Contract and Collaboration”, *Yale Law Journal*, Vol. 113, 2004, p. 1462.

deber—. En este sentido, el obrar autónomo, en términos sencillos, es el obrar por el deber; dicho obrar necesariamente tiene que ser aquel que el autor se da a sí mismo, pero en virtud de una máxima universalizable (es decir, una máxima que el agente pueda querer que se convierta en una ley universal). Para KANT, entonces, autonomía de la voluntad y moralidad van íntimamente vinculadas. No se puede concebir una acción moralmente correcta fuera de la autonomía de la voluntad.¹⁷

Precisamente por el hecho de que la expresión *autonomía de la voluntad* induce a error, al confundir una noción jurídica con una noción que tiene un preciso sentido en la filosofía moral kantiana, en este trabajo utilizo las expresiones *autonomía privada* o *autonomía individual*.

Dada esta explicación, veamos por qué el principio al que ella se refiere (sea que lo llamemos correctamente *autonomía individual* o *autonomía privada*, o incorrectamente como *autonomía de la voluntad*) es capaz de explicar algunas instituciones particularmente relevantes del derecho privado, en general, y del derecho de contratos, en particular.

III. LA CAPACIDAD EXPLICATIVA DE LA AUTONOMÍA

Creo que tenemos buenas razones descriptivas para sostener que el principio de autonomía privada sí constituye un principio fundamental en nuestro derecho civil y, en particular, en el derecho de contratos. A continuación me gustaría sugerir, aunque sea superficialmente, cómo la autonomía puede iluminar nuestra comprensión de algunas reglas particularmente importantes.

En primer lugar, la capacidad explicativa de la autonomía respecto al artículo 1545 del Código Civil difícilmente podría ser exagerada. En efecto, más allá del análisis de las fuentes de esa regla, es claro que lo que ella dice es,

¹⁷ En definitiva, pareciera que si a algún concepto kantiano se pudiera asimilar la noción de autonomía en el derecho civil, es a la idea de *lex permissiva*. De acuerdo a esta noción, la máxima que puede ser ley universal, es decir, el "test" del imperativo categórico sólo muestra qué máxima no puede ser ley universal. Pero no dice, en este primer momento, qué debo hacer en concreto. Es decir, sólo muestra que está permitido (lo que es posible como ley universal, no manda, solo permite). La determinación de la máxima en una acción concreta depende de otras máximas que yo tenga y de mis deseos subjetivos (que no deben determinar mi voluntad para elegir la razón por la que actúo en última instancia, pero sí guían mi elección de máximas y propósitos o fines). Al respecto, me he basado en la exposición de SCHWEMMER, Felipe, "La libertad como fundamento de la propiedad en la filosofía del derecho de Kant y Fichte", tesis doctoral, Universidad de Navarra, 2011, pp. 50 y ss.

precisamente, que los contratos —esto es, los acuerdos de voluntades realizados con el fin de crear obligaciones— *son una ley para las partes*, es decir, cumplen precisamente la finalidad con la que son celebrados: ser fuentes de obligaciones. La única condición para ello es que sean "legalmente celebrados", esto es, que cumplan los requisitos de existencia y validez aplicables, lo que más que un límite a la autonomía constituye, en una sociedad compleja y funcionalmente diferenciada, su condición de posibilidad. En contra de la relevancia de la autonomía en este punto, algunos han señalado que —si se trata de respetar la voluntad individual— no se ve por qué el Derecho debería otorgarle relevancia a la voluntad pasada (al momento de contratar) y no al momento (posterior) de la ejecución. La respuesta es que, justamente, en materia contractual el compromiso con la autonomía no dice relación con la voluntad unilateral de una de las partes, sino que con el consentimiento, es decir con la voluntad coincidente de ambas partes, la que se da al momento de su formación. Un compromiso con la voluntad unilateral, en materia contractual, sería un compromiso con la heteronomía.

Por otra parte, cuando el intérprete debe desentrañar el sentido de las cláusulas de los contratos, debe guiarse por la intención real de las partes (en la medida, por cierto, que sea claramente conocida). Eso es lo que prescribe el artículo 1560 del Código Civil. Como ha señalado Álvaro VIDAL, es indiscutible que, además de la interpretación de la declaración de voluntad (en la que la autonomía individual juega un rol fundamental), también es necesaria la integración y la (re)construcción de la regla contractual. Para eso, justamente, está el artículo 1546 del Código Civil.¹⁸ Pero el punto central es que sin la determinación de lo primero (sin acuerdo autónomo y deliberado de voluntades), lo segundo es imposible.

En otro ámbito del derecho de contratos, también, es posible ver de qué manera el derecho civil reconoce la relevancia de la autonomía de las partes: en cuanto a sus elementos, materia regulada en el artículo 1444 del Código Civil. En efecto, salvo por los elementos de la esencia —reglas imperativas—, los demás elementos del contrato se explican precisamente a partir del principio de autonomía privada. Esto es evidente en el caso de los elementos accidentales, en virtud de los cuales el derecho confiere un amplio margen de libertad para que las partes modifiquen los efectos ordinarios de los contratos que celebran. Pero, además, en el caso de los elementos de la naturaleza, es indiscutible que

¹⁸ VIDAL, Álvaro, "La construcción de la regla contractual en el derecho civil de los contratos", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XXI, 2000, p. 215.

el derecho contractual también reconoce la relevancia de la autonomía de los contratantes. En efecto, los elementos de la naturaleza operan como lo que la economía conductual llama *default rules* o reglas por defecto. Tales reglas operan en el silencio de las partes y, en caso que las partes quieran desviarse de ellas, pueden perfectamente hacerlo. Dichas reglas, como han puesto de manifiesto BEN-SHAHAR y POTTOW, inciden en las preferencias de los individuos y en las decisiones que toman (este es el llamado *status quo bias*).¹⁹ Pero, justamente dado el efecto que los elementos de la naturaleza como reglas por defecto producen, creo que su justificación moral más plausible es que ellos serían las estipulaciones a las que llegarían contratantes racionales si estuvieran en condiciones ideales de negociación. Por lo demás, y a diferencia de lo que ocurre en los sistemas del *common law*, en sistemas codificados como el nuestro las reglas por defecto no se construyen *ex post* por los jueces, sino que vienen previamente dadas y las partes pueden perfectamente estipular que ellas no se aplican. A la inversa, que las partes nada estipulen para modificar estas reglas por defecto bien puede ser visto como un consentimiento en la aplicación de dichas reglas.

En mi opinión, finalmente, tanta es la importancia que tiene el principio de autonomía privada en el derecho contractual, que el mismo incide directamente en dos puntos cruciales del mismo: sus límites y su justificación.

Desde el punto de vista de los límites del derecho contractual, creo que la conexión entre la noción de contrato y el principio de autonomía individual es de tal intensidad, que cuando estamos en presencia de "contratos" en los que la voluntariedad es enteramente irrelevante, en realidad salimos del ámbito del derecho contractual. Así, por ejemplo, el "contrato" que celebran los consumidores regulados con los distribuidores de energía eléctrica, en el que no se puede discutir el precio (fijado por la autoridad administrativa a través de tarifas), el distribuidor no puede negarse a distribuir y el consumidor no puede determinar la persona de su contratante, en realidad no es tal; se trata, por el contrario, de un caso puro de regulación de un servicio público. En este sentido, creo que el principio de autonomía privada juega en materia de derecho contractual un rol parecido al que juega el principio de culpabilidad en materia penal; cuando estamos fuera del ámbito de esos principios, ya no estamos hablando —respectivamente— de derecho contractual o derecho penal, sino que de otra cosa.

¹⁹ BEN-SHAHAR, Omri, y POTTOW, John, "On the stickiness of default rules", *Florida State University Law Review*, Vol. 33, 2006, pp. 651-682.

En cuanto a la justificación del contrato y el reconocimiento de su eficacia por parte del derecho, en tanto, creo que no existe una alternativa plausible a una teoría basada en la autonomía privada de la manera en que ha sido interpretada en este trabajo. En este sentido, me parece que el silencio del profesor PIZARRO al respecto es elocuente. Si no es por un reconocimiento a la dignidad moral de los contratantes como sujetos autónomos ¿por qué el derecho le otorga eficacia a los contratos? Creo que los postulados alternativos a la autonomía no son capaces de responder esa pregunta. En efecto, ni el análisis económico del derecho de contratos, que como teoría justificatoria se muestra particularmente tosco en esta materia, ni la noción del *contrato como promesa*,²⁰ marcada por una fuerte ética perfeccionista incompatible con una democracia caracterizada por el hecho del pluralismo razonable, logran explicar correctamente por qué tenemos derecho de contratos. La primera de estas alternativas es incapaz de explicar por qué el incumplimiento deliberado, *aunque eficiente*, nunca es jurídicamente admisible; la segunda de ellas, en cambio, es incapaz de distinguir entre el ámbito moral y el del derecho privado.

IV. EL ATRACTIVO MORAL DE LA AUTONOMÍA

Pero lo anterior no es suficiente. En efecto, aun cuando se admita la capacidad explicativa del principio de autonomía, perfectamente se podría replicar que ello debería cambiar, dado que dicho principio no es justo, no deja espacio a consideraciones de justicia distributiva o está comprometido con una noción excesivamente individualista del derecho de contratos.

Entonces debemos cuestionarnos si la autonomía privada es un principio moralmente atractivo. En este sentido: ¿Tenemos buenas razones para seguir orientando esta práctica que llamamos "derecho privado" por este principio?

Este es el punto en el que me quisiera detener más detalladamente.

Al igual que desde el punto de vista teórico, creo que sí tenemos buenas razones de carácter valorativo para seguir considerando relevante el principio de autonomía privada. En este sentido, creo que una justificación del derecho privado, y particularmente del derecho de contratos, basada en la autonomía,

²⁰ FRIED, Charles. *Contract as Promise*, Cambridge, Harvard University Press, 1981, 162 pp.

es *pública*, en el sentido que Peter BENSON le otorga a esta idea, puesto que “está implícita en la cultura pública jurídica y política”.²¹ Es decir, el principio de autonomía privada en el derecho de contratos no es una anomalía que aísle al derecho de contratos del resto de las instituciones sociales, sino que es justamente el principio que le otorga un lugar específico dentro de la estructura básica de la sociedad.

Como se sabe, el principio de autonomía individual suele ser considerado extremadamente individualista. En este sentido, la asociación entre autonomía privada y liberalismo decimonónico se ha hecho ya un lugar común.²² En opinión de LÓPEZ SANTA MARÍA, por ejemplo, para el principio de autonomía individual “el concepto superior de justicia y las consideraciones de solidaridad social son irrelevantes”.²³ Frente a esta objeción, como es obvio, salvo que uno asuma un libertarismo radical, como el de Robert NOZICK, sería difícil defender la noción de autonomía individual. Sin embargo, para una concepción liberal del derecho contractual –como la que he pretendido defender– el reconocimiento del valor de la autonomía personal supone, como sostiene Dori KIMEL, una “preocupación por las condiciones que son necesarias para que las personas puedan [efectivamente] llevar vidas autónomas”.²⁴ En este sentido, es indiscutible que un derecho de contratos fundado en el principio de autonomía privada –como, a pesar de la evidencia histórica, ocurre con el nuestro–, requiere de ciertas condiciones de trasfondo que garanticen la posibilidad efectiva de llevar vidas autónomas en condiciones igualitarias. Sin tales condiciones, el compromiso con la autonomía privada evidentemente es vacío y pareciera sordo a las “consideraciones de solidaridad social”. Pero sería razonable preguntarse en qué medida ello puede atribuirse a la autonomía privada y no, como parece más adecuado, a la injusticia de las condiciones de trasfondo.

Por lo demás, y a diferencia de lo que suele suponerse, un verdadero compromiso con la autonomía, como el que creo subyace al derecho civil, puede perfectamente llevar a desincentivar e incluso excluir opciones que disminu-

²¹ BENSON, Peter, “The idea of a public basis of justification for contract”, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 33, 2009, pp. 123-124.

²² ATRIA, Fernando, “La relevancia del derecho civil (a propósito de Barros, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*)”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 8, 2006, pp. 223-224.

²³ LÓPEZ, Jorge, “Los contratos. Parte General”, Santiago, Editorial Jurídica, 5ª ed., 2010, p. 195.

²⁴ KIMEL, Dori, “From promise to contract. Towards a liberal theory of contract”, Oxford, Hart Publishing, 2003, p. 126.

yan la autonomía globalmente considerada de un individuo, aun cuando esas opciones sean escogidas “libremente”.²⁵

Esta extendida objeción anti-individualista a la autonomía pierde de vista, según creo, algo fundamental. El derecho privado, y la noción de autonomía privada en la que se fundamenta, operan sobre la base de lo que, valiéndonos de RAWLS, podríamos llamar la *división social de la responsabilidad*. Como postula Martín HEVIA, la sociedad como un todo debe proveer a los individuos los medios necesarios –los bienes primarios o bienes básicos– para que puedan determinar y perseguir sus propias concepciones de la vida buena.²⁶ Pero en una democracia liberal como la que nos rige, una vez que esa distribución tiene lugar, los individuos deben asumir la responsabilidad por llevar adelante dicha concepción.²⁶ Es decir, una vez que opera la justicia distributiva, entramos en una esfera caracterizada por la cooperación voluntaria entre sujetos autónomos (con posterioridad a la cual también puede operar la justicia distributiva –por ejemplo, a través del derecho tributario–). Esto explica por qué un compromiso fuerte con la autonomía individual en materia de derecho privado no está alineado con un compromiso con una especie de anarco-capitalismo. Como explica GUTMANN, “una teoría liberal del contrato no es libertaria, sino que es perfectamente compatible con políticas de redistribución masiva de la riqueza, beneficios o bienes primarios a favor de grupos desaventajados”.²⁷

Pero, además de que el principio de autonomía privada no contradice criterios distributivos, dicho principio facilita la vida individual y, precisamente, hace probable un mundo en que la justicia distributiva conviva con la auto-responsabilidad, la espontaneidad y la falta de paternalismo que caracterizan al mercado. En efecto, lo que permite el derecho contractual y su compromiso con la autonomía individual es que podamos tomar decisiones individuales y llevar adelante distintos proyectos cotidianos, de diversa naturaleza, sin tener que considerar, a cada paso, los efectos distributivos de nuestras acciones. Un mundo en el que tuviéramos que hacer esas consideraciones no sólo sería insostenible, transformándonos a todos en una especie de oficiales o mandatarios encargados de la justicia social. Un mundo de estas características también sería distributivamente desastroso, porque los individuos en general no pare-

²⁵ KIMEL, cit. (n. 24), p. 129.

²⁶ HEVIA, Martín, “Justicia correctiva y derecho contractual”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 12, N° 1, 2010, pp. 45-48.

²⁷ GUTMANN, cit. (n. 9), p. 10.

ce mos estar capacitados para medir adecuadamente los efectos distributivos de nuestros actos.

Finalmente, el principio de autonomía privada, al permitir que las personas entren en colaboración voluntaria, permite el desarrollo de proyectos de vida distintos. Tal colaboración voluntaria, a su vez, tiene como presupuesto un mutuo reconocimiento de los contratantes como personas dignas. En este sentido, el compromiso del derecho privado con la autonomía individual no es un compromiso con un mercado desregulado y omnipresente. Simplemente, es un compromiso con la libertad personal y la dignidad de las personas como sujetos capaces de desarrollar sus propias concepciones del bien.

Creo que es esta conexión entre la autonomía privada y nuestras más profundas convicciones acerca de la vida en común en sociedades plurales, altamente complejas y diferencias, lo que permite explicar por qué, pese a su debilidad histórica y a la escasa y superficial atención que ha merecido de sus supuestos defensores, el principio de autonomía privada sigue vigente en las facultades de derecho y en nuestros tribunales.

En el mismo sentido, al principio de autonomía privada como un mero principio libertario desconoce que, como señala GUTMANN, "los contratos son vistos como herramientas para realizar la autodeterminación individual por medio de la celebración de acuerdos legalmente obligatorios. Esta noción de autonomía individual no es dada ahistóricamente, sino que fue establecida y expandida a través de luchas sociales que lograron pasar del 'estatus al contrato' como determinante fundamental de nuestras vidas".²⁸

Por lo demás, a diferencia de otras nociones respecto al derecho de contratos que podrían estimarse como similares a la que aquí he defendido, como la concepción del "contrato como promesa" de Fried, la noción de contrato fundado en el ideal de autonomía es una noción jurídica, no moral. En efecto, la idea central del contrato como *acuerdo de voluntades que crea derechos* es una noción jurídica que sólo puede entenderse a partir del consentimiento de las partes a obligarse legalmente.²⁹

Por ello, la tesis que nos propone el trabajo de Carlos PIZARRO puede ser interesante como un ejercicio de arqueología, pero no nos dice mucho desde el punto de vista de la teoría del derecho privado. En efecto, frente a la pregunta acerca de por qué, pese a la escasa influencia que en las fuentes

²⁸ GUTMANN, cit. (n. 9), p. 3

²⁹ GUTMANN, cit. (n. 9), p. 4.

del artículo 1545 del Código Civil tuvo la autonomía privada, seguimos hablando de ella y los tribunales aplicándola, el trabajo de PIZARRO no nos provee una respuesta; sólo nos provee el punto de partida. Este trabajo ha sido un intento de comenzar a teorizar —y, en definitiva, a entender— desde ese punto de partida.