

La doctrina de los actos propios en el Derecho de Familia chileno

[Publicado en Hernán Corral Talciani (edit.), *Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios*, Cuadernos de Extensión (U. de los Andes) 18, 2010, pp. 103-139]

Hernán Corral Talciani

Profesor de Derecho Civil

Facultad de Derecho Universidad de los Andes

I. La doctrina de los actos propios. Nociones generales y ámbitos de aplicación

La doctrina de los actos propios, según ha sido desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia de una buena parte de los países de sistema latino continental, permite oponerse al ejercicio de un derecho o pretensión que afecta a un tercero cuando quien lo realiza ha efectuado con anterioridad una conducta o comportamiento que resulta contradictoria con lo que ahora pretende.

En verdad, aunque se presente como una teoría o principio jurídico de aplicación general, según el famoso adagio: *venire contra factum proprium non valet*, lo cierto es que el Derecho no puede imponer una coherencia o consistencia absoluta sobre la conducta humana que, por su propia naturaleza, está sujeta a cambios y alteraciones a lo largo del tiempo. Es propio de la libertad de la persona humana poder cambiar de opinión o convicciones y contradecir sus palabras o hechos anteriores. Establecer lo contrario de manera absoluta sería ahogar toda innovación y libre determinación.

Por eso la ineficacia del cambio o de la conducta incoherente debe ser siempre una regla excepcional, que tenga una justificación proporcionada para limitar de este modo la libertad de pensamiento y de autonomía. La más importante de ellas es que justamente en virtud de dicha autonomía una persona puede obligarse a cumplir un acto o contrato para con otra, sin que pueda luego retractarse o desdecirse de lo prometido. No se trata en estos casos de la aplicación de la regla de los actos propios, sino únicamente de la aplicación del principio de la autonomía privada y de la obligatoriedad del contrato o de la palabra jurídicamente comprometida, aunque sea con manifestación tácita (aceptación de una herencia, renuncia de un derecho, etc.).

Fuera de estos casos, la procedencia de la modificación de conducta debería ser admitida, incluso aunque ello vaya contra las expectativas de terceros que confiaban en un comportamiento consistente. No obstante, si la conducta anterior fue libremente asumida y tiene una relevancia jurídica particular y el nuevo comportamiento contradictorio produce un resultado desproporcionado de perjuicio al tercero que de buena fe ha podido fiarse del

estado de hecho provocado por la conducta anterior, surge la doctrina de los actos propios para recomendar la ineficacia del nuevo comportamiento. El riesgo de la inconsistencia que normalmente debe recaer en los terceros, que no deben pensar en que los hombres no cambian de opinión, por excepción se hace ahora residir en el propio sujeto que ha incurrido en esa inconsistencia.

Parece claro, en consecuencia, que la doctrina de los actos propios tiene un carácter excepcional, en varios sentidos. En primer lugar, en que sólo procede cuando realmente hay una justificación suficiente y proporcionada. En segundo lugar, en que sólo tiene lugar de manera residual, es decir, para aquellos casos en los que no hay una norma expresa que resuelva de una u otra manera el conflicto provocado por el cambio¹. En tercer lugar, en que se trata de una doctrina supletoria, es decir, que procede cuando no existen otros instrumentos jurídicos que permiten proteger los intereses del tercero afectado (por ejemplo, no procederá si se aplica el adagio “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”² o la imposibilidad de la retractación se obtiene por la aplicación del principio de autonomía privada, de la irrevocabilidad de los actos jurídicos, de la confirmación tácita de actos relativamente nulos).

¹ Cfr. López Mesa, Marcelo J., “La doctrina de los actos propios y sus aspectos más relevantes”, en López Meza, M. y Rogel Vide, C., *La doctrina de los actos propios. Doctrina y jurisprudencia*, Reus/B de F, Madrid/Buenos Aires, reimp. 2009, pp. 176-182.

² Las dos reglas tienen relación porque impiden desconocer los efectos de una actuación anterior, pero el principio de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo o torpeza supone la ilicitud del primer comportamiento y la mala fe o al menos negligencia del que así obra. Nuestra Corte Suprema ha distinguido la aplicación de la doctrina de los actos propios del principio “*nemo auditur*” consagrado en el art. 1683 CC. De esta manera, ha dicho: “Noveno: Que la consecuencia de la regla de derecho *venire contra factum propriam non potest* es la de impedir a un sujeto que realice un acto o una conducta contraria a otro acto o conducta anterior. Esta regla no funda la sanción impuesta o su efecto en la ilicitud de la conducta contradictoria –pues de hecho puede no existir ilicitud alguna–, sino en que resulta inadmisibles proteger un comportamiento incoherente que puede traer aparejada la vulneración de la confianza que ha podido despertarse en un tercero en virtud de un primer acto o conducta, que en doctrina se denomina conducta vinculante.– Cabría también afirmar que la prohibición de ir contra el acto propio importa una limitación de los derechos subjetivos que, en otras situaciones, podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por contradictorios respecto de una anterior conducta y esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar. El ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho y ese acto contradictorio provoca la inadmisibilidad de la pretensión cuando el sujeto pasivo ha modificado su situación por la confianza que ha despertado en él la conducta vinculante. Décimo: Que es efectivo que cualquier pretensión ajustada a derecho puede ser exigida del sujeto pasivo de la relación jurídica e incluso el sujeto activo podrá obtener una resolución judicial que así lo acuerde. Pero si esa pretensión, aunque esté ajustada a derecho, es contradictoria con actos anteriores, resulta inadmisibles, y será sujeto pasivo quien estará en condiciones de lograr una decisión jurisdiccional que desestime tal pretensión.– Ahora bien, el hecho de afirmar que la consecuencia o efecto de la conducta contradictoria es su inadmisibilidad, no importa, por cierto, presumir la mala fe del sujeto activo. En efecto, en la aplicación de la teoría de los actos propios el sujeto pasivo no necesita invocar o atribuir mala fe al sujeto activo, sino que le basta con demostrar la contradicción de la pretensión de este último. En otras palabras, esa inadmisibilidad se produce objetivamente, con prescindencia del grado de conciencia que haya tenido el agente al ejecutar la conducta contradictoria. Por otra parte, la buena fe del sujeto pasivo, como es regla, se presume y nace naturalmente de la confianza suscitada por la conducta vinculante y, por ello, el sentenciador no debe prestar atención a la eventual mala fe del sujeto activo, sino a la buena fe del sujeto pasivo” (C. Suprema, 10 de noviembre de 2008, *GJN*° 341, p. 127).

En relación con el primer supuesto de excepcionalidad, que concierne a una necesaria justificación de la restricción del principio de libertad, se ha dicho, a nuestro juicio con razón, que la doctrina de los actos propios no tiene fuerza vinculante ni como regla jurídica ni como un principio general de derecho específico³. Las reglas jurídicas tienen distintas connotaciones y muchas veces son sólo formulaciones, o de normas o conjuntos normativos (caso en el cual poseen la fuerza obligatoria de las normas válidamente establecidas) o denominan un verdadero principio (evento en que lo que rige es el principio y no la regla). En materia de actos propios no hay una norma que establezca la imposibilidad de contradecir la conducta anterior, ni tampoco un conjunto normativo que permita efectuar esa deducción (más bien, existen disposiciones legales tanto en uno u otro sentido)⁴. Podría considerarse entonces que el adagio puede regir en nuestro sistema como un principio (aplicable según el art. 24 del Código Civil y el art. 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil). Pero la misma excepcionalidad, que hemos, visto caracteriza la doctrina se opone a su identificación en la categoría de principio “general” de derecho.

Si se observan los casos en los que los autores y los tribunales han afirmado la vigencia del “*venire contra factum proprium*”, se puede advertir que en todos ellos está en juego la protección de la buena fe objetiva, es decir, del deber de no defraudar deslealmente la confianza que un tercero ha podido legítimamente depositar en un determinado estado de hecho provocado voluntariamente por las palabras o las actuaciones de una persona. Es la lesión injustificada de la buena fe la que proporciona una razón suficientemente fuerte para poner de cargo del que se contradice el riesgo de su inconsistencia. Ahora bien, la exigencia de obrar de buena fe es un principio general de derecho y, en este sentido, puede decirse que lo es también el “*venire contra*”. Pero más correcto sería indicar que la doctrina de los actos propios es una de las manifestaciones, de contornos típicos, del principio general de la buena fe⁵.

Si esto es así no resulta extraño que al igual que el principio de buena fe, la doctrina de los actos propios no sólo se aplique a materias civiles, sino también otras áreas de la legislación, e incluso que sea posible su invocación en temas de Derecho Procesal, de Derecho Tributario, de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo.

En general, los autores han ido decantando los requisitos para que pueda aplicarse la teoría como manifestación del principio de buena fe. Exigen los siguientes elementos:

³ Díez-Picazo Ponce de León, Luis, *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del tribunal supremo*, Bosch, Barcelona, 1963, pp. 125-134.

⁴ Para la doctrina argentina, Borda, Alejandro, *La teoría de los actos propios*, LexisNexis, 4ª edic., Buenos Aires, 2005, pp. 66-67, sostiene que la regla constituye una norma jurídica, por el art. 163 inc. 5º del Código Procesal Civil y Comercial que dispone que “la conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones” y, sobre todo, por la reiterada aplicación de la doctrina de los actos propios por los tribunales de todo el país.

⁵ Díez-Picazo, L., ob. cit., p. 142, señala que “Una de las consecuencias del deber de obrar de buena fe y de la necesidad de ejercitar los derechos de buena fe, es la exigencia de un comportamiento coherente”, y más adelante (p. 143), agrega que el principio de buena fe “es, pues, el fundamento más seguro para nuestra regla, que deberá ser, por ello, estudiada, analizada e interpretada en armonía con él”. En Chile, le sigue Ekdahl Escobar, María Fernanda, *La doctrina de los actos propios. El deber jurídico de no contrariar conductas propias pasadas*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1989, pp. 72-73.

- 1º) Que la primera conducta sea jurídicamente relevante, válida y voluntaria
- 2º) Que ella produzca objetivamente un estado de hecho que permita generar confianza o expectativas legítimas en otra persona
- 3º) Que la segunda conducta sea contradictoria o incoherente con la primera y con ella se pretenda ejercer un derecho, facultad o pretensión
- 4º) Que exista identidad entre el sujeto que desarrolló la primera conducta y el que ahora pretende desconocerla con un hecho contrario⁶.

Los efectos de la concurrencia de estos requisitos consisten en que el juez deberá rechazar la acción que se deduzca para ejercer el derecho o la pretensión basada en la contradicción. No se trata ni de responsabilidad, ni de nulidad ni de una causal de extinción del derecho, sino más bien de una forma de ineficacia que puede caracterizarse como inadmisibilidad de la pretensión⁷.

⁶ Los autores sistematizan de manera diferente estos requisitos, pero en general son exigidos por todos. Así, Díez-Picazo, L., ob. cit., pp. 192-193, estima que son necesarios: 1º una conducta jurídicamente relevante y eficaz; 2º la pretensión de ejercer un derecho subjetivo o facultad que cree una situación litigiosa; 3º la incompatibilidad o contradicción entre ambas y 4º la identidad de los sujetos. Borda, A., ob. cit., p. 71, sistematiza en tres las condiciones de la teoría: 1º una conducta anterior relevante y eficaz; 2º ejercicio de una facultad o derecho subjetivo que crea una situación litigiosa debido a la contradicción existente entre ambas conductas y 3º la identidad de sujetos que se vinculan en ambas conductas. Ekdahl, M. F., ob. cit., pp. 38-39, exige: 1º una conducta válida, eficaz y relevante; 2º pretensión a través del ejercicio de un derecho subjetivo que ha de ser contradictorio con el sentido objetivo que se deriva de la conducta anterior; 3º perjuicio grave causado a los terceros que confiaron en la primera conducta y 4º identidad de sujetos.

En Chile, la Corte Suprema ha dicho que “En efecto, como se ha dicho por esta Corte, tal doctrina se traduce en que se debe mantener en el derecho una conducta leal y honesta y, desde luego, es la inspiración de la regla por la cual nadie puede aprovecharse de su propio dolo o fraude, encontrando en materia contractual su base legal en el artículo 1.546 del Código Civil.– Son requisitos de procedencia de esta teoría: a) Una conducta anterior, que revela una determinada posición jurídica de parte de la persona a quien se le trata de aplicar este principio; b) Una conducta posterior por parte del mismo sujeto, contradictoria con la anterior, y c) Que el derecho o pretensión que hace valer la persona a quien incide el actor perjudique a la contraparte jurídica” (C. Sup. 5 de octubre de 2006, cas. fondo, Rol 1696-2005, cons. 13º). En fallo de 13 de septiembre de 2007, ha mostrado que se trata de una jurisprudencia reiterada: “Que conforme se ha dicho por este Tribunal, a nadie le es lícito hacer valer un derecho civil o procesal en contradicción con su anterior conducta jurídica (sentencias ingreso Corte Suprema rol 4689 05, 2349 05, 127 05, 3437 04, entre otras). Esta doctrina, conocida como ‘de los actos propios’, ha sido recogida en diversas disposiciones de nuestro Código Civil, como los artículos 1683, 1481, 1546 y, en su forma de expresión conocida como buena fe, informa en carácter de principio general todo el referido cuerpo de leyes. Ella permite al sentenciador ponderar la actitud lógica del actor o de su contraparte, que puede incidir en la acción misma o en un simple incidente (Raúl Díez Duarte, “El contrato: Estructura civil y procesal, Editorial Jurídica Conosur, 1994, pág. 365 y siguientes). Así, se impide jurídicamente el que una persona afirme o niegue la existencia de un hecho determinado, en virtud de haber antes ejecutado un acto, hecho una afirmación o formulado una negativa en el sentido precisamente opuesto, pues de acuerdo a este principio, nadie puede contradecir lo dicho o hecho por él mismo, con perjuicio de un tercero. De esta manera, los actos propios encuadran el derecho de los litigantes, de forma que no puedan pretender que cuando han reclamado o negado la aplicación de una determinada regla en beneficio propio, puedan aprovechar instrumentalmente la calidad ya negada precedentemente, con perjuicio de los derechos de su contraparte” (C. Sup. 13 de septiembre de 2007, rol 3169-2005, LP N° 37349).

⁷ Díez-Picazo, L., ob. cit., pp. 245 y ss. Según esta posición: “En la pretensión el actor se dirige a otra persona exigiendo de ella un determinado comportamiento, al que tiene derecho (v. gr., un pago), de tal manera que el convenido no debe negarse a acatar la exigencia, y, si se niega, realiza un acto injusto y puede

Se trata de una consecuencia básicamente procesal: el sujeto no puede ejercer el derecho y desconocer lo actuado, sin que importe una legitimación o convalidación o regularización de la situación jurídica del tercero, que podrá ser atacada o impugnada por otros legitimados para ello. En general, procederá como excepción o defensa del demandado, pero la doctrina admite que pueda ser aplicada de oficio por el juez⁸.

Por cierto, esta improcedencia judicial podrá ser anticipada en el campo extrajudicial ya sea por la renuncia a presentar una demanda que se prevé será desestimada o por la celebración de una transacción⁹.

Realizada esta presentación general de la doctrina de los actos propios, podemos pasar a revisar si ella es o no aplicable, con el alcance, requisitos y limitaciones que hemos visto, a materias propias del Derecho de Familia.

II. Procedencia de la aplicación de la doctrina en el Derecho de Familia

1. Argumentos en contra. Su refutación

En un primer análisis, la respuesta sobre si procede o no aplicar la doctrina de los actos propios a materias propias del Derecho de Familia parece que no puede ser sino negativa. Justamente uno de los límites que se reconoce a la aplicación de la regla “*venire contra factum proprium*” es aquella que se refiere a derechos irrenunciables o materias jurídicas calificadas de orden público o consideradas indisponibles¹⁰.

Se puede argüir en este sentido que en esta área del Derecho Civil no estamos en presencia de intereses meramente privados y de carácter económico que pueden regularse según la conducta y los acuerdos a los que libremente lleguen los diversos actores. El Derecho de Familia es una regulación en la que, o no rige la autonomía privada, o esta se encuentra muy limitada, por consideraciones de carácter público. La organización de la familia, del matrimonio, de la filiación, del estado civil importan no sólo a los respectivos

serle jurídicamente impuesto el resultado pretendido, satisfaciéndose así el derecho del actor. Pues bien, cuando la pretensión es inadmisibile este esquema se altera: el convenido puede negarse a observar el comportamiento pretendido y su oposición o su repulsa constituye un acto lícito; si el actor acude al juez, éste deberá desestimar la petición.— La inadmisibilidad de una pretensión se traduce pues, desde un punto de vista sustantivo, en una facultad del convenido de rehusar legítimamente el comportamiento exigido y, desde el punto de vista procesal, en una desestimación de la demanda” (p. 248). En parecido sentido se pronuncia Borda, A., ob. cit., p. 176.

⁸ Díez-Picazo, L., ob. cit., p. 251, Borda, A., p. 156; Ekdahl, M. F., ob. cit., pp. 119-120.

⁹ Rogel Vide, Carlos, “La doctrina de los propios actos en la última jurisprudencia civil española”, en López Meza, M. y Rogel Vide, C., *La doctrina de los actos propios. Doctrina y jurisprudencia*, Reus/B de F, Madrid/Buenos Aires, reimp. 2009, p. 232, sostiene que “si bien la doctrina de los propios actos suele alegarse —con razón o sin ella— al hilo de conflictos planteados ante los tribunales, nada impide —a mi entender— que sea ponderada y tenida en cuenta antes —cual sucede, de hecho, en la práctica—, desautorizando pretensiones que, por ello precisamente, no llegan a formularse, o desencadenando transacciones que llegan a suscribirse”.

¹⁰ López, M., ob. cit., pp. 174-175.

sujetos sino a toda la sociedad, como se reconoce explícitamente en la Constitución Política (art. 1º). Luego sus normas, aunque por tradición histórica o por afectar la vida de las personas en sus relaciones íntimas sean consideradas de Derecho Civil, exceden el Derecho Privado y, o son derechamente de Derecho Público, o al menos se las considera de orden público. Los derechos que emanan de sus relaciones son establecidos por las leyes, son indisponibles e irrenunciables. En consecuencia, el hecho de que se haya dado un comportamiento previo anterior que resulta contrario al ejercicio actual de un derecho de familia, no puede al titular de éste privarlo de su ejercicio. Así como no procede la renuncia de ellos, tampoco puede proceder su privación por un mero comportamiento contrario anterior.

De este modo, en España se criticó una sentencia del Tribunal Supremo español del año 1919 que aplicó la doctrina de los actos propios para impedir la acción de un hermano que, para efectos hereditarios, pretendió impugnar la legitimidad de un hijo adulterino de su madre no obstante haber él previamente concurrido con esta para regularizar su inscripción en el Registro Civil y haberle donado unos predios como muestra de aprecio fraternal¹¹. Se sostuvo que, al tratarse de una materia de estado civil, no podía el tribunal denegar la pretensión, pues estaría cambiando las reglas de un tema indisponible y de derecho público: “no hay acto propio que pueda conceder, mantener, ni perpetuar el estado civil de las personas, que está fuera del comercio de los hombres...”¹². Más recientemente, el Tribunal Supremo ha aceptado estas ideas y señalado que “Las cuestiones relativas a la filiación son cuestiones de orden público y quedan sustraídas, en principio, a la libre autonomía de la voluntad..., por lo que carecen de trascendencia las declaraciones de la madre en los procesos sobre la filiación de la hija –aunque dichas declaraciones pudieran ser constitutivas de actos propios” (STS de 28 de noviembre de 1992)¹³. Estas razones podrían extenderse para todas las materias familiares.

¹¹ Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo español de 27 de mayo de 1919, que sentó la siguiente doctrina: “El actor, queriendo dar –según expresa el documento– una prueba del cariño que profesaba a su hermano– nombrado con apellidos paterno y materno en la escritura de 1911– le hace donación del dominio y derechos que le asisten en la finca que se describe y que le pertenecía por legado de sus tíos; hechos que, por su reiteración y antigüedad entre el origen de todos ellos y la demanda, determinaron respecto de José Manuel [el hermano demandante] la vulneración del aforismo jurídico sancionado por la jurisprudencia como regla de derecho, de no ser lícito a nadie ir, ni obrar, contra sus propios actos, actos de reconocimiento que implicaban la renuncia a la acción ejercida en la presente litis, por carecer el actor de aptitud legal para establecerla, dados los actos de reconocimiento, y al no estimarlo así la Sala sentenciadora infringe el expresado principio que veda esa inconsecuencia jurídica” (Alc. 1919, p. 595, citada por Díez-Picazo, L., ob. cit., pp. 331-332).

¹² Martínez Alcubilla, comentando la sentencia (Alc. 1919, p. 595 nota), citada por Díez-Picazo, L., ob. cit., p. 332. La crítica prosigue haciendo ver que la liberalidad del demandante como donante y su innecesaria concurrencia a la extensión de la norma marginal de legitimidad en la inscripción de nacimiento de su hermano, “no podía conceder a éste un estado legal que no tuviera, puesto que era la madre del interesado, en representación del mismo, quien actuaba en aquella ocasión; y los derechos anejos a la filiación legítima no se producen por actos propios ni ajenos, sino por la presunción establecida en el artículo 108, 1º, del Código Civil, que decae ante la imposibilidad de sostenerla, a tenor del párrafo segundo del mismo artículo”.

¹³ Rogel Vide, C., ob. cit., p. 222.

La doctrina chilena no se ha pronunciado sobre el tema, aunque respecto de la nulidad de matrimonio, en general, ha considerado inaplicable el art. 1683 CC que aplica el principio de que nadie puede aprovecharse de su propia torpeza, haciendo hincapié en la diferencia que existe entre el matrimonio, como acto jurídico de Derecho de Familia, y los contratos patrimoniales¹⁴. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema: “Que la prohibición de alegar la nulidad absoluta que impone el artículo 1683 del Código Civil al que ha celebrado un contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, se refiere sólo a los actos de carácter patrimonial y no al matrimonio civil, por tratarse éste de un instituto sui generis al cual no le son aplicables las reglas del Código Civil sino las de la Ley de Matrimonio Civil, las que contemplan la posibilidad de interponer acción de nulidad a los presuntos cónyuges, sin que se contemple en ella ninguna excepción respecto de las personas a quienes esté prohibido su ejercicio” (C. Sup. 1º de julio de 2003, *GJ* N° 277, p. 67)¹⁵.

Se trata de una argumentación que es digna de considerarse, pero que no parece determinante. Primero, puesto que ni los autores ni los tribunales que a través de sus reflexiones y sentencias han dado vida a la doctrina de los actos propios, excluyen su aplicación a materias de familia, ni tampoco consideran como un requisito de su aplicación que se trate de un derecho que no emane de normas de derecho público o de orden público. La doctrina de los actos propios aparece aplicada de hecho a ciertas materias de familia por

¹⁴ Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Edit. Jurídica de Chile, reimpr. de la 2ª edición, Santiago/Bogotá, 1992, t. I, N° 742, p. 414; Somarriva, M., ob. cit., pp. 91-92.

¹⁵ En el mismo sentido, C. Sup. 5 de mayo de 1994, *GJ* N° 167, p. 34; C. Sup. 23 de octubre de 2006, *RDJ* t. 103, sec. 1ª, p. 715. Pero existen fallos en contra, que sostienen que el que nadie puede aprovecharse de su dolo es un “principio universal de derecho” aplicable también a la nulidad de matrimonio: C. Santiago, 23 de julio de 1957, *RDJ* t. 54, sec. 2ª, p. 55, de modo que el art. 1683 CC rige también para la nulidad matrimonial impidiendo invocarla al que celebra el contrato sabiendo el vicio (C. Santiago, 8 de junio de 1988, *GJ* 97, p. 33; C. Santiago, 19 de octubre de 1988, rol 14138, *LP* 11006; C. Santiago, 27 de noviembre de 1997, *GJ* N° 209, p. 111). En el último tiempo se tiende a fallar lo contrario. La Corte de Santiago, todavía bajo la Ley de Matrimonio Civil de 1884, declaró que “Que, el ámbito de aplicación de la aludida normativa resulta claramente comprensivo de la acción de nulidad impetrada en estos autos, excluyendo y prevaleciendo, por su marcada especialidad, a los preceptos contemplados en el Título XX, del Código Civil, que, en general, reglan la nulidad y rescisión de otros actos y contratos, especialmente de aquellos de índole patrimonial que en dicho cuerpo legal se contemplan. Por este motivo, las limitaciones que en esos preceptos se contienen para ejercer acción de nulidad, como lo es la prevista en el artículo 1.683 respecto de quienes sabían o debían saber del vicio de nulidad que invalidaba el acto, no deben hacerse extensivas al ejercicio de la acción de nulidad de un contrato de matrimonio, regida, como se ha expresado, por normas legales especiales que no impiden impetrarla a cualquiera de los cónyuges, aun concurriendo dicha circunstancia” (C. Santiago, 3 de julio de 2002, *GJ* N° 265, p. 96). El mismo predicamento ha aplicado la Corte de Antofagasta ahora bajo la ley vigente: “Que de conformidad con lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 46 de la Ley de Matrimonio Civil la titularidad de la acción de nulidad de matrimonio corresponde a cualquiera de los presuntos cónyuges, regla especial que prima sobre aquella contenida en el artículo 1683 del Código Civil, que quita el derecho a pedir la nulidad absoluta de un acto o contrato al que ejecutó el acto o celebró el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, por lo cual la circunstancia de que el actor supiera a la época en que se celebró con la demandada el matrimonio cuya nulidad se pretende, que ésta se encontraba unida a un tercero por un vínculo matrimonial que no estaba disuelto, no es constitutiva de un impedimento legal para que deduzca la acción de nulidad de matrimonio que ha entablado en autos” (C. Antofagasta, 1 de octubre de 2008, rol 565-2008).

los tribunales¹⁶ y, además, se ha generalizado la opinión de que ella es aplicable incluso en el ámbito del derecho público y oponible incluso al Estado y a la Administración¹⁷.

Por otro lado, debe señalarse que el Derecho de Familia actual se caracteriza por una mayor aceptación de la autonomía privada y un repliegue del poder imperativo de las normas. Por ejemplo, en el Derecho de Familia chileno se permiten acuerdos sobre cuidado personal y relación directa y regular con los hijos, ejercicio de la patria potestad, efectos de la separación de hecho o judicial, regulación de los efectos del divorcio, convención sobre compensación económica, separación judicial convencional, divorcio de común acuerdo, autorización para someterse a técnicas de reproducción asistida con gametos de terceros, etc. No parece irrazonable, en consecuencia, que la teoría de los actos propios pueda jugar un rol, al menos en estas materias en las que se ha retirado la imperatividad de las normas para que los individuos regulen sus relaciones por su propia iniciativa.

Con más razón, se hace necesario estimar que deben aplicarse las instituciones moderadas de un ejercicio de libertades que pueden causar daños injustos o desproporcionados a personas inocentes. Así, el abuso del derecho y el principio de buena fe. Y si se considera aplicable a las materias de familia el principio de la buena fe¹⁸, no se ve por qué no se va a poder aplicar aquella manifestación suya que es la ineficacia de la pretensión de ir contra los propios actos.

No parece tampoco que la idea de la irrenunciabilidad de los derechos se oponga a la aplicación de cualquier forma de la doctrina de los actos propios, ya que cuando esta tiene lugar no se produce la extinción del derecho sino sólo la inadmisibilidad de la pretensión contradictoria para lograr un resultado que se observa como manifiestamente injusto.

La jurisprudencia chilena, por su parte, ha invocado la doctrina de los actos propios en materias de familia sin efectuar reparos por la especialidad de este Derecho. Por ejemplo, se ha dicho que si se aceptara la interpretación de la demandante de una transacción de alimentos “significaría desconocer principios elementales de derecho, especialmente el de la buena fe, como lo preconiza el artículo 1546 del Código Civil, toda vez que del tenor y espíritu de la tantas veces mencionada escritura pública de transacción, se desprende inequívocamente que en la época de su celebración las partes se refirieron exclusivamente a los alimentos que se discutían en el juicio promovido por la actora, principio aquel que obliga a toda persona a respetar situaciones jurídicas creadas por ella misma, y que en doctrina es conocida bajo la denominación de Teoría de los Actos Propios, que mandata no contrariar conductas anteriores en provecho propio, como en la especie lo

¹⁶ Díez-Picazo, L., ob. cit., p. 451, da cuenta de seis casos en los que se ha aplicado la regla de los actos propios en materias propias de familia: separación y divorcio, obligaciones de la mujer, donación sponsalicia, sociedad de gananciales, impugnación de la filiación y tutela.

¹⁷ Borda, A., ob. cit., pp. 168 y ss.

¹⁸ Sepúlveda Larroucau, Marco Antonio, “Los grandes principios que inspiran al Código Civil chileno”, en Marco Antonio Sepúlveda Larroucau y Juan Andrés Orrego Acuña, *Estudios de Derecho Civil*, Universidad Central, Santiago, 2007, pp. 120-121, sostiene que el art. 327 CC al prescribir que en caso de sentencia absolutoria en materia de alimentos, cesa el derecho de restitución de los alimentos provisorios pagados contra el que de buena fe y con algún fundamento plausible haya intentado, manifiesta una recepción del principio de buena fe desde una perspectiva objetiva.

ha pretendido la demandante, al incidentar, por lo demás, con un título ineficaz en un procedimiento de alimentos” (C. Antofagasta, 30 de mayo de 2006, rol 295-2006). La misma Corte Suprema ha dicho que el demandado de alimentos que ha reconocido capacidad económica en un proyecto de transacción no puede ir contra sus propios actos y oponerse a la pensión que le ha fijado el tribunal: después de referirse al proyecto de transacción incluido como prueba en el proceso y considerar “que a tal acuerdo sólo pudo razonablemente concurrir la parte que dispone de los ingresos suficientes”, se agrega “de todo lo expuesto aparece que la oposición del demandado a la pensión regulada, contradice ostensiblemente sus actos propios, que expresaron anteriormente la voluntad de aceptar una pensión cuyo monto excede la suma fijada por los sentenciadores en el fallo impugnado, actitud que contraría el principio general de la buena fe” (C. Sup., 24 de febrero de 2009, rol 384-2009). Aunque es discutible que la teoría procede respecto de propuestas efectuadas con ánimo conciliatorio¹⁹, lo cierto es que la Corte no ve obstáculo alguno en que la doctrina de los actos propios pueda ser considerada en materias del Derecho de Familia.

2. Procedencia limitada de la doctrina de los actos propios

De acuerdo con lo anterior, hemos de admitir que la doctrina de los actos propios es aplicable en materias propias del Derecho de Familia, siempre que concurra el fundamento de su aplicación (las exigencias del principio de buena fe), su carácter excepcional, residual y supletorio, y los requisitos estrictos que se exigen para su procedencia por la doctrina y la jurisprudencia.

Sólo deberían quedar fuera aquellos derechos o pretensiones que son considerados absolutos y cuyo ejercicio no puede ser moderado por la teoría del abuso del derecho o por el principio de buena fe. En este sentido, parece que no puede oponerse la doctrina de los actos propios en contra del interés superior del niño²⁰.

Con todo, la aplicación de la doctrina de los actos propios sólo puede producir una imposibilidad procesal de ejercer un derecho o pretensión por parte del vinculado a la conducta anterior, pero no una imposibilidad absoluta de atacar el estado o posición del sujeto protegido.

¹⁹ Borda, A., ob. cit., pp. 76-77. López, M., ob. cit., pp. 198-199, señala que de lo contrario “se dificultaría indudablemente el arribo a un acuerdo conciliatorio, al inhibir a las partes no sólo de cualquier propuesta, sino del mismo acercamiento de posiciones entre ellas, debido al temor de provocar indirectamente el reconocimiento de los derechos del contradictor”. La Corte parece pensar más bien que el proyecto de transacción constituye una prueba de la solvencia económica del autor; se trataría entonces de una confesión extrajudicial y podría aplicarse el art. 398 CPC para considerar su peso probatorio. En tal caso, sin embargo, nuevamente la doctrina de los actos propios no es necesaria, ya que el efecto de no contradecir el hecho confesado proviene de la misma fuerza probatoria de la confesión. Los autores distinguen entre doctrina del acto propio y eficacia de la confesión extrajudicial (Díez-Picazo, L., ob. cit., pp. 176-180; Borda, A., ob. cit., pp. 145-146)

²⁰ López, M., ob. cit., p. 174, señala que la jurisprudencia argentina ha considerado inaplicable la teoría de los propios actos a casos “donde existieran comprometidos intereses de menores, cuya tutela es la finalidad permanente de toda esta clase de procesos”.

Como ha señalado Díez-Picazo, defendiendo la opinión del Tribunal Supremo español en el caso del año 1919, el hecho de que se niegue al hermano la posibilidad de impugnar la filiación legítima, no incide en la adquisición o regularización de un estado civil que puede ser inválido o ineficaz. Por ello, cualquier otra persona podrá ejercer las acciones que sean procedentes y desvirtuar el estado civil impropio e incluso el mismo demandante si lo hace sin un resultado abusivo: “No se trata de atribuir un estado civil indebido o de perpetuarlo, cosa que evidentemente no es factible a través del mecanismo indirecto del ‘*venire contra factum*’. Se trata únicamente de decretar la inadmisibilidad de la demanda por la improbidad y contradicción que encierra. El estado civil del demandado no se confirma, ni se convalida, ni se hace inexpugnable, ni frente a terceros, ni incluso frente al demandante si éste tratara de hacer valer la ilegitimidad con un fin razonable”²¹. Criticando la posición tajante y absoluta de la sentencia del Tribunal Supremo de 1992 en el sentido de declarar improcedente la doctrina en materia de acciones de filiación, observa Rivero Hernández que habría que situar el problema en determinar en que casos y forma ha de aplicarse esta doctrina general²².

III. Normas legales que pueden fundarse en la doctrina de los actos propios en el Derecho de Familia

Un argumento más para aceptar que la doctrina de los actos propios procede también en el Derecho de Familia es la constatación de que la misma ley ha recepcionado la regla plasmando la imposibilidad de ir contra los propios actos en normas específicas para casos concretos. Algunos de ellos son los que se mencionan brevemente en los párrafos que siguen:

1. Inhabilidad para reclamar la multa pagada por el incumplimiento de los esponsales

El art. 99 CC dispone que por el incumplimiento del contrato de esponsales no podrá pedirse la multa que por parte de uno de los esposos se hubiere estipulado a favor del otro para el caso de no cumplirse lo prometido. Pero el inciso segundo dispone “Pero si se hubiere pagado la multa, no podrá pedirse su devolución”.

Parte de la doctrina chilena explica esta imposibilidad de recuperar la multa pasada sosteniendo que se está ante un caso de obligación natural, que no dará derecho a exigir

²¹ Díez-Picazo, L., ob. cit., p. 332. Aunque aprobando que la sentencia comentada haya aplicado la doctrina de los actos propios para desechar la demanda, Díez-Picazo critica la confusión en que incurre la sentencia al estimar que la contradicción da lugar a una renuncia tácita de la acción, sin advertir que las facultades y acciones de estado son irrenunciables por regla general.

²² Rivero en comentario a la STS de 28 de noviembre de 1992 (CCJC n° 30, p. 1065 y ss.), citado por Rogel Vide, C., ob. cit., pp. 222-223. Este último señala que la opinión de Rivero es “plausible”.

pero sí de retener. Para otros, se trataría más bien de una sanción por la conducta impropia del que rompió la promesa²³.

No obstante, una explicación más simple y quizás más ajustada a la intención del legislador sería la de ver aquí nada más que una aplicación de la doctrina de los actos propios. No hay propia obligación natural ya que sólo se produce uno de sus efectos característicos: la autorización para retener, pero no los otros previstos por el Código (posibilidad de caución, novación). Tampoco puede hablarse de sanción ya que la conducta de no contraer el matrimonio prometido no es jurídicamente ilícita, según lo declara expresamente el art. 98 CC.

En cambio, parece que iría contra la buena fe aquel que, a pesar de saber que no tiene obligación de contraer, paga la multa estipulada y luego pretende volver contra su propio acto y reclamar lo que pagó voluntariamente.

2. Imposibilidad del marido de desconocer al hijo concebido antes de matrimonio

Otro caso en que puede verse la aplicación legal de la doctrina de los actos propios lo encontramos en el art. 184 CC. Según este precepto se presumen hijos del marido los hijos concebidos antes de las nupcias pero nacidos durante el matrimonio. El inciso 2º de la norma señala, sin embargo, que “No se aplicará esta presunción respecto del que nace antes de expirar los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, si el marido no tuvo conocimiento de la preñez al tiempo de casarse y desconoce judicialmente su paternidad. La acción se ejercerá en el plazo y forma que se expresa en los artículos 212 y siguientes”.

El derecho del marido a desconocer la paternidad de este hijo, sin embargo, no puede ejercitarse si con su conducta ha aceptado previamente al hijo como suyo. Dispone la norma: “Con todo, el marido no podrá ejercerla si por actos positivos ha reconocido al hijo después de nacido”.

No se trata de que la filiación quede determinada por el reconocimiento de paternidad del marido, ya que el reconocimiento no opera como título de determinación de la filiación matrimonial. Esta queda determinada por la presunción *pater is est*, y el marido pierde el derecho para atacarla a través de la acción de desconocimiento.

Pero nótese que el Código considera en este caso que la contradicción de conducta es impeditiva de la pura acción de desconocimiento, pero que ella no alcanza a privar al supuesto padre de la acción de impugnación de la paternidad, en la cual debe probar que el hijo no es suyo (cfr. art. 184 inc. 4º CC).

²³ Claro Solar, L., ob. cit., t. I, Nº 504, pp. 271-272; Somarriva Undurraga, Manuel, *Derecho de Familia*, Nascimento, Santiago, 1963, nº 6, p. 16. Villarroel Barrientos, Carlos y Gabriel, *La obligación natural como elemento moralizador de la relación jurídica en el Código Civil chileno*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1982, pp. 267-271, sostienen que no es un supuesto de obligación natural sino de lo que llaman “obligación imperfecta” en el sentido de que para la multa no hay una acción enervable (como en los casos del art. 1470 CC) sino que simplemente no hay acción ninguna por el disfavor con que mira el legislador a los esponsales.

3. Imposibilidad del marido de impugnar la paternidad del hijo matrimonial

El hijo que goza de la filiación matrimonial por obra de la presunción de paternidad del marido que prescribe el art. 184 CC, puede ser objeto de una acción de impugnación por parte del supuesto padre, conforme al art. 212 CC.

La acción, en caso, de muerte del marido puede ser ejercida por sus herederos conforme a lo dispuesto en el art. 213 CC. Sin embargo, este derecho no puede ser ejercido si el padre hubiere reconocido al hijo, conforme a lo previsto en el inciso 2º de dicha norma: “Cesará este derecho, si el padre hubiere reconocido al hijo como suyo en su testamento o en otro instrumento público”.

El impedimento para ejercer la acción de impugnación puede ser reconducido a la teoría de los propios actos, si entendemos que la conducta del marido vincula también a sus herederos²⁴. Como la imposibilidad no se aplica sólo a los herederos sino también a los terceros que sufran un perjuicio actual, la doctrina ha explicado esta privación del derecho a impugnar no en la teoría de los actos propios sino más bien en la inconveniencia de promover un juicio cuando el supuesto padre ha reconocido al hijo como suyo; así lo explica Somarriva: “Una vez más el legislador respeta la voluntad del marido. Si este reconoció expresa o tácitamente al hijo, no sería natural que otras personas desconocieran esta paternidad. Como lo dijimos: nadie está en mejor situación que el marido para saber si el hijo tenido por su mujer es realmente suyo”²⁵.

4. Imposibilidad del hijo de repudiar el reconocimiento

El hijo que es objeto de un reconocimiento de paternidad o maternidad matrimonial tiene derecho a repudiar esa determinación filiativa, de acuerdo con los arts. 191 y siguientes del Código Civil. Sin embargo, se prevé que no procederá esta repudiación si el hijo en forma expresa o tácita ha aceptado el reconocimiento. Dispone el art. 192 CC: “No podrá repudiar el hijo que, durante su mayor edad, hubiere aceptado el reconocimiento en forma expresa o tácita”. La norma aclara que “La aceptación es expresa cuando se toma el título de hijo en instrumento público o privado, o en acto de tramitación judicial” y que “Es

²⁴ En general, los autores estiman que los herederos se ven vinculados por los actos anteriores de su causante, de modo que concurre el requisito de identidad de sujetos. Cfr. Díez-Picazo, L., ob. cit., pp. 232-236; Ekdahl, M. F., ob. cit., p. 117. Borda, A., ob. cit., pp. 87-88, estima que, dado que el art. 3363 del Código Civil argentino, reformado por la ley N° 17.711, establece la presunción de que toda aceptación de la herencia se efectúa bajo beneficio de inventario, por regla general el heredero no queda vinculado por los hechos de su causante y la teoría de los actos propios tiene una aplicación restringida.

²⁵ Somarriva, M., ob. cit., n° 429, p. 403.

tácita cuando se realiza un acto que supone necesariamente la calidad de hijo y que no se hubiere podido ejecutar sino en ese carácter”.

Podría pensarse que en este caso la imposibilidad de repudiar provendría de un acto jurídico y de la vinculatoriedad de sus efectos: se trataría del principio de autonomía de la voluntad, no siendo necesaria la invocación del principio de los actos propios. Pensamos, sin embargo, que en el actual estado de nuestra legislación, la “aceptación” del reconocimiento no constituye un acto jurídico (como sí lo era en la normativa original del Código Civil²⁶). El reconocimiento no es un acto recepticio que se complete con la aceptación. El reconocimiento produce todos sus efectos sin necesidad de la aceptación. Sólo la repudiación lo priva de eficacia. Entonces, cuando la ley establece que no se puede pretender repudiar si se ha “aceptado” el reconocimiento no se está refiriendo a una declaración de voluntad dirigida o encaminada a producir ese efecto jurídico, sino únicamente a un comportamiento de hecho que significa una conformidad con el reconocimiento (se trata de un hecho con efectos jurídicos, y no de un acto o negocio jurídico propiamente tal). Ello se confirma de los actos a los que la ley confiere la calidad de constituir “aceptación” expresa: no se exige que se haya declarado la voluntad de aceptar el reconocimiento, sino que basta que se haya “tomado el título de hijo” en instrumento público o acto de tramitación judicial. Es decir, basta una conducta que suponga una conformidad con el reconocimiento, aunque no haya ninguna declaración con finalidad jurídica. Nótese, por lo demás, que no se exige que el hijo “aceptante” haya conocido el reconocimiento, basta que se haya comportado como hijo del reconociente.

En consecuencia, la imposibilidad de repudiación puede justificarse, no en el efecto vinculante de un acto jurídico, sino en la reprobación legal de una contradicción de una conducta previa que ha consentido en proclamarse públicamente hijo de una persona y la pretensión posterior de restar efectos al reconocimiento que determina esa filiación anteriormente aceptada²⁷.

Los herederos del hijo que acepta son alcanzados también por los efectos del acto propio de su causante, según la opinión común de los autores (como dejamos establecido al tratar de la imposibilidad de los herederos del marido de impugnar la paternidad matrimonial), por lo que tampoco podrán repudiar el reconocimiento²⁸.

²⁶ El art. 273 original del Código establecía que el reconocimiento del hijo natural debía ser notificado y aceptado o repudiado de la misma manera que en la legitimación por matrimonio posterior a la concepción. Por su parte, el art. 212 decía que “la persona que acepta o repudia, deberá declararlo por instrumento público dentro de los noventa días subsiguientes a la notificación. Transcurrido este plazo, se entenderá que acepta, a menos de probarse que estuvo imposibilitada de hacer la declaración en tiempo hábil”. El sistema de notificación y declaración de aceptación o repudiación fue eliminado por la ley N° 10.271, de 1952. Según Alessandri Rodríguez, Arturo, *Reformas introducidas al Código Civil y a otras leyes por la ley N° 10.271*, Ediar, Santiago, 1955, pp. 22-23, la modificación se hizo con el objeto de hacer más accesible la determinación del estado civil a todas las clases sociales y evitar los engorros a que daba origen.

²⁷ Cita el caso a propósito de la doctrina de los actos propios como manifestación del principio de buena fe, Sepúlveda, M. A., ob. cit., pp. 122-123.

²⁸ La cuestión es clara respecto de los herederos del hijo que ha sido reconocido después de muerto o que, siendo menor de edad, fallece antes de alcanzar la mayoría. En tal supuesto el art. 193 inc. 1° CC concede legitimación para repudiar a los herederos del hijo “sujetándose a las disposiciones de los artículos anteriores”, entre los cuales está el que impide la repudiación si el hijo la ha aceptado (art. 192 CC). Menos

5. Impedimento para reclamar el cuidado personal del hijo abandonado

El art. 240 CC se pone en el supuesto de que un padre o madre reclame el cuidado personal de un hijo que está en manos de un tercero, que, ante su abandono, ha alimentado y criado al niño. En tal caso, prevé que “Si el hijo abandonado por sus padres hubiere sido alimentado y criado por otra persona, y quisieren sus padres sacarle del poder de ella, deberán ser autorizados por el juez para hacerlo, y previamente deberán pagarle los costos de su crianza y educación, tasados por el juez”. El precepto agrega aún que “El juez sólo concederá la autorización si estima, por razones graves, que es de conveniencia para el hijo”.

En este caso no se trata de un impedimento absoluto, sino condicionado a la autorización judicial, el pago de los costos de crianza y educación y el interés o conveniencia del hijo²⁹.

Es posible conjeturar que estamos en presencia más bien de la aplicación del principio del “*nemo auditur*”, ya que podría concebirse este impedimento más como una sanción a la conducta irresponsable de los padres al dejar abandonado al hijo, más que a una simple contradicción de conductas. Pero la idea debe ser rechazada, en primer lugar puesto que la norma más que destinada a sancionar a los padres parece estar encaminada a proteger la buena fe del tercero y, sobre todo, a tutelar el interés del hijo.

Por otra parte, el precepto no exige que el abandono del hijo haya sido imputable a los padres; basta que el tercero lo haya cuidado ante un abandono objetivo, no importa si haya sido por culpa o no de los padres que ahora lo reclaman³⁰. Lo importante es que se produjo una conducta: el abandono del hijo, (cualquiera sean los motivos y si deben considerarse justificados o excusables), y ahora se pretende contradecirla, lesionando la buena fe del tercero que alimentó y crió al niño. Hay, por tanto, una aplicación de la doctrina de los actos propios que se levanta previa autorización del juez, pago de los costos y conveniencia del menor.

claro es el caso en que el hijo ha sido reconocido durante la mayoría de edad pero fallece antes de expirar el plazo para repudiar; aquí de nuevo el art. 193 inc. 2º concede la facultad a los herederos pero sin la remisión a los artículos anteriores. Abeliuk Manasevich, René, *La filiación y sus efectos*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 105, ofrece dos razones para llegar a la misma conclusión, esto es, que los herederos no pueden repudiar si el hijo aceptó el reconocimiento: primero, que el precepto dice que el hijo ha fallecido antes de expirar el término que tiene para repudiar, pero sí ya aceptó el plazo no está corriendo y, segundo, que nadie puede transmitir más derechos que los que tiene. A ellos puede agregarse que la doctrina de los actos propios considera que sus efectos se extienden a los herederos del que realizó la conducta contradictoria.

²⁹ Ramos Pazos, René, *Derecho de Familia*, Edit. Jurídica de Chile, 6ª edic., Santiago, 2007, t. II, n° 611, p. 452, critica la disposición por cuanto le parece “inaceptable que se condicione la devolución del hijo al pago de los costos de crianza y educación. Es una especie de derecho legal de retención que recae sobre la persona del menor, lo que juzgamos inadmisibles”.

³⁰ Hay que tener presente que el art. 47 de la ley N° 16.618, Ley de Menores, dispone que “El sólo hecho de colocar al menor en casa de terceros no constituye abandono para los efectos del artículo 240 del Código Civil”.

6. Imposibilidad del guardador de impugnar la inclusión en el inventario de bienes que sabía no eran del pupilo

Los guardadores deben confeccionar inventario de los bienes del pupilo. El Código Civil regula minuciosamente la forma y el contenido que debe tener este documento. Una de sus normas se pone en el caso de que el guardador consienta voluntariamente en que se incluya en el inventario un bien que en realidad no existe o no pertenece al pupilo. Se previene en tal evento que si luego el tutor o curador, a la hora de rendir cuentas, pretende que se le dispense de la obligación de restituir ese bien ficticiamente inventariado, no será oído. Lo señala expresamente el art. 387: “El tutor o curador que alegare haber puesto a sabiendas en el inventario cosas que no le fueron entregadas realmente, no será oído, aunque ofrezca probar que tuvo en ello algún fin provechoso al pupilo”.

Nótese que la norma se pone en el evento en que el guardador haya actuado sin dolo y más bien para beneficiar al pupilo, aún así le niega la pretensión de excluir del inventario la cosa que no existía. Se trata, entonces, de la aplicación de que nadie puede ir contra sus propios actos³¹.

7. Guardador de hecho

Nuevamente en materia de guardas, el Código examina la situación de alguien que ejerce el cargo de tutor o curador sin serlo realmente. En este caso, dispone el art. 426 CC que “El que ejerce el cargo de tutor o curador, no lo siendo verdaderamente, pero creyendo serlo, tiene todas las obligaciones y responsabilidades del tutor o curador verdadero, y sus actos no obligarán al pupilo, sino en cuanto le hubieren reportado positiva ventaja”.

Al ejercer de hecho el cargo, el falso guardador ha permitido que con su conducta se genere un estado de hecho en el que el pupilo y los terceros pueden legítimamente confiar, de modo que la ley le impide luego eximirse de sus obligaciones y responsabilidades alegando la inexistencia o la nulidad de su nombramiento. Es posible, creemos, ver aquí un supuesto de la teoría de los actos propios.

La doctrina, en general, no ha recurrido a la idea del “*venire contra*” para explicar este precepto, y se ha inclinado por ver aquí una aplicación de la teoría del error común (*error communis facit ius*)³². Pero la verdad es que la disposición no exige que se haya

³¹ El precepto del Código tiene su fuente en una ley de las Siete Partidas que señala: “El Guardador que recibiese en guarda bienes de algun huerfano, e fiziese faze escritua publica de quantos eran quando lo recibio (la qual escritura es llamada Inventario) si después a la sazón que diesse la cuenta al huerfano de sus bienes, dixesse contra aquella carta; queriendo provar, que fueran y escritas algunas cosas demas, que el non recibiera, e que consintiera el a sabiendas que las escribiesen y, por fazer muestra que el huerfano era mas rico, porque podiesse mejor casar, o por otra razón semejante; mandamos, que tal contradizeamiento non sea cabido, ni vala, Mogueer quisiesse provar lo que dize”. La norma al prohibir la contradicción de conductas: “contradizeamiento” sugiere justamente la aplicación de la doctrina de los actos propios.

³² Cfr. León Hurtado, Avelino, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Edit. Jurídica de Chile, 3ª edic., Santiago, 1979, p. 185, nt. 3; Fueyo Laneri, Fernando, *Derecho de Familia*, Universo,

producido una situación de apariencia que cause o pueda causar un error excusable de un gran número de personas, ni tampoco que el tercero que lo alegue haya incurrido también en el error, que son requisitos reconocidos para la doctrina del error común. Aquí basta que el guardador haya ejercido el cargo no siéndolo, y se produce el efecto de impedirle exonerarse de sus obligaciones. En consecuencia, parece más exacto ver aquí un supuesto de aplicación de la doctrina de los actos propios que de la máxima “*error comunis facit ius*”³³.

Pero la teoría de los actos propios es aplicable en el entendido de que el tutor o curador haya ejercido de hecho el cargo pero sin mala fe de su parte. El inciso 3° del art. 426 CC termina diciendo que “si hubiere procedido de mala fe, fingiéndose tutor o curador, será precisamente removido de la administración, y privado de todos los emolumentos de la tutela o curaduría, sin perjuicio de la pena a que haya lugar por la impostura”. En este caso, a la doctrina de los actos propios le sucederá la de que nadie puede alegar su propia torpeza y a las consecuencias de la responsabilidad civil o penal por hechos ilícitos.

8. Imposibilidad de la mujer casada de renunciar a los gananciales

La mujer casada en sociedad conyugal tiene el derecho de renunciar a los gananciales, para así liberarse de responsabilidad por las deudas sociales y, en su caso, para retener los bienes ingresados en su patrimonio reservado. El art. 1782 CC dispone sin embargo una restricción a la renuncia: “Podrá la mujer renunciar mientras no haya entrado en su poder ninguna parte del haber social a título de gananciales”.

La doctrina nacional suele ver aquí un supuesto de aceptación tácita: “... la mujer puede renunciar a los gananciales una vez disuelta la sociedad y, mientras no haya entrado en su poder ninguna parte del haber social a título de gananciales. Dicho en otros términos: mientras no los haya aceptado tácitamente”³⁴. Pero esta explicación no parece correcta, primero porque el texto de la norma no dice que se entiende renunciado el derecho por entrar la mujer en poder de bienes sociales, sino, *a contrario sensu*, que la mujer no puede renunciar: es decir, que está impedida de renunciar. En segundo lugar, porque si fuera aceptación tácita podría probarse en contrario que la mujer al recibir parte de los gananciales no tenía realmente voluntad de renunciar a su derecho. En tercer término, porque el mismo Código dispone que se presume la aceptación con beneficio de inventario

Valparaíso, 1959, t. III, N° 1355, p. 758, nt. 2 (aunque invoca también “la fuerza creadora de la buena fe”). Cfr. C. Sup. 13 de julio de 1944, *RDJ* t. 42, sec. 1ª, p. 181, explica la disposición del art. 426 CC haciendo alusión al error común que, en el caso, fue “compartido por muchas personas” (cons. 3°).

³³ Claro Solar, L., ob. cit., t. IV, N° 2350, p. 491, no recurre a la teoría del error común para explicar la norma, sino a que “la ley considera natural tratarla [a la persona que asume de hecho la guarda] como tutor o curador en cuanto a sus obligaciones y responsabilidades, porque son éstas las que ella misma ha entendido contraer al proceder como tal tutor o curador...”. El razonamiento se aproxima a la idea del adagio “*venire contra factum proprium*”.

³⁴ Somarriva, M., ob. cit., n° 336, p. 335; Ramos, R., ob. cit., t. I, n° 386, p. 288; Rossel Saavedra, Enrique, *Manual de Derecho de Familia*, Edit. Jurídica de Chile, 7ª edic., Santiago, 1993, n° 245, p. 167; Alesandri Rodríguez, Arturo, *Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1935, n° 1015, pp. 609-610.

si la mujer no renuncia (art. 1767 CC), de lo que parece concluirse que la renuncia debe ser expresa. Por último, debe notarse que si se admitiera que estamos ante un supuesto de renuncia tácita, este sería el único caso en nuestro Código Civil por el cual procedería esta forma de renuncia³⁵.

Por ello, resulta más adecuado explicar esta norma como aplicación de los actos propios más que como una voluntad tácita de renunciar a los gananciales.

9. Inadmisibilidad de la agregación imaginaria al patrimonio final de donaciones y actos dilapidatorios en el régimen de participación

En el régimen de participación en los gananciales para prevenir que un cónyuge se vea perjudicado en sus derechos se dispone una agregación en valor (imaginaria) de ciertas enajenaciones que el otro cónyuge haya realizado y que disminuyen su patrimonio final y, por tanto, sus gananciales.

La norma se contempla en el art. 1792-15 CC, que dispone que en el patrimonio final de un cónyuge se agregarán imaginariamente los montos de las disminuciones de su activo que sean consecuencia de ciertos actos, ejecutados durante la vigencia del régimen de participación en los gananciales. Entre estos actos se mencionan: 1) Donaciones irrevocables que no correspondan al cumplimiento proporcionado de deberes morales o de usos sociales, en consideración a la persona del donatario. 2) Cualquier especie de actos fraudulentos o de dilapidación en perjuicio del otro cónyuge. 3) Pago de precios de rentas vitalicias u otros gastos que persigan asegurar una renta futura al cónyuge que haya incurrido en ellos (con excepción de las rentas vitalicias previsionales).

El precepto, sin embargo, señala que “Lo dispuesto en este artículo no rige si el acto hubiese sido autorizado por el otro cónyuge”.

La “autorización” a la que se refiere este precepto no es un requisito de validez ni de oponibilidad del acto de enajenación, sino que una manifestación de la teoría de los actos propios. Si el otro cónyuge ha consentido en que su consorte haga una donación o un acto de dilapidación o un pago de precio de rentas vitalicias o futuras, no puede después alegar que no deberían haber disminuido el patrimonio del enajenante ni aun cuando ello perjudique la cuantía de su crédito de participación en los gananciales³⁶.

10. Imposibilidad de pedir la separación judicial por adulterio si se ha consentido en la separación de hecho

³⁵ Meza Barros, Ramón, *Manual de Derecho de Familia*, Edit. Jurídica de Chile, 2ª edic., Santiago, 1979, t. I, nº 553, p. 335, aunque coincide con la idea de que “recibir bienes a este título importa una renuncia tácita”, advierte que se trata de la “única forma de renuncia de esta clase que admite la ley”.

³⁶ Se exceptúan los actos en fraude, ya que si han sido consentidos por el supuesto perjudicado no puede decirse en propiedad que hayan sido fraudulentos. Cfr. Corral Talciani, Hernán, *Bienes familiares y participación en los gananciales*, Edit. Jurídica de Chile, 2ª edic., Santiago, 2007, p. 156.

La Ley de Matrimonio Civil, ley N° 19.947, de 2004, establece la posibilidad de demandar la separación judicial en caso de falta imputable al otro que constituya una violación grave de los deberes matrimoniales que torne intolerable la vida en común.

Sin embargo, se dispone que “No podrá invocarse el adulterio cuando exista previa separación de hecho consentida por ambos cónyuges” (art 26 LMC).

Estimamos que la norma no significa que la separación de hecho extinga el deber de fidelidad o que el adulterio posterior a la separación no constituya una infracción grave al deber conyugal de fidelidad (art. 132 CC). Se trata, simplemente, de una aplicación de la doctrina de los actos propios por la cual se considera que si el cónyuge afectado ha consentido en suspender la vida en común y con ello impedir el ejercicio del derecho-deber de cohabitación, no tiene derecho a invocar en su favor la infidelidad del otro cónyuge para obtener una separación judicial con sanciones para el cónyuge culpable.

IV. Normas legales que impiden la contradicción pero que no se fundan en la doctrina de los actos propios

Como hemos visto, la doctrina de los actos propios sólo puede aplicarse de manera supletoria cuando la imposibilidad de volver contra una conducta anterior no se deduce de la aplicación de otra institución jurídica como la vinculatoriedad de los actos y contratos, la aplicación del principio de que nadie puede aprovecharse de su propia torpeza, la renuncia, la confirmación tácita de un acto nulo.

Sin ánimo exhaustivo mencionamos a continuación normas legales que podrían ser reconducidos a la teoría de los actos propios, pero que en verdad obedecen a la aplicación de una institución distinta que tiene preferencia para fundar la imposibilidad de denegar el acto propio.

1. Casos en los que se aplica la autonomía privada y la irrevocabilidad de los efectos del acto jurídico

a) Acuerdos de regulación del cuidado personal

Según el art. 225 CC, aunque la tuición legal de los hijos menores corresponde a la madre, “mediante escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre”. Se dispone, igualmente, que “Este acuerdo podrá revocarse cumpliendo las mismas solemnidades”.

La madre, en consecuencia, no puede desconocer este acuerdo y reclamar el cuidado personal de los hijos que han sido encargados al padre. El convenio sólo puede revocarse de común acuerdo y con las mismas solemnidades.

Pero esta imposibilidad no proviene de la doctrina de los actos propios, sino de la eficacia propia de la convención a la que ella misma se obligó. Se trata, por tanto, de la aplicación de la autonomía privada reconocida también, en este aspecto, en el ámbito del Derecho de Familia.

Por cierto, la madre podría pedir judicialmente que se prive al padre del cuidado personal, pero para ello deberá invocar una causal de las mencionadas en el art. 225 inc. 3º CC y tocará al juez decidir.

b) Acuerdos de atribución del ejercicio de la patria potestad

La titularidad de la patria potestad puede ser atribuida de común acuerdo entre los padres. Según el art. 244 CC, “la patria potestad será ejercida por el padre o la madre o ambos conjuntamente, según convengan en acuerdo suscrito por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, que se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento”.

El acuerdo es irrevocable y no podría ser desconocido por alguno de los padres, pero ello no en virtud de la regla de los actos propios, sino por la fuerza obligatoria del acto jurídico de familia admitido legalmente. Si el padre quiere dejar sin efecto el acuerdo, deberá impugnarlo probando algún defecto o vicio de nulidad o pedir al juez, fundado en que el interés del hijo lo haga indispensable, que modifique la titularidad atribuida convencionalmente (art. 244 inc. 3º CC).

c) Acuerdos regulatorios de una separación de hecho

La Ley de Matrimonio Civil permite que, en caso de separación de hecho, los cónyuges regulen sus relaciones mutuas y los alimentos, cuidado personal y relación directa y regular (visitas) para con los hijos, mediante convención. El art. 21 dispone que “Si los cónyuges se separaren de hecho, podrán, de común acuerdo, regular sus relaciones mutuas, especialmente los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio”; se agrega que “En todo caso, si hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquél de los padres que no los tuviere bajo su cuidado”. Finalmente, se dispone que “Los acuerdos antes mencionados deberán respetar los derechos conferidos por las leyes que tengan el carácter de irrenunciables”.

El acuerdo, según el art. 22 de la Ley, puede constar en escritura pública, acta extendida y protocolizada ante notario, acta extendida ante Oficial del Registro Civil o transacción aprobada judicialmente³⁷.

³⁷ La ley establece la forma sólo para que el acuerdo otorgue fecha cierta al cese de la convivencia, por lo que se trata de un acto consensual, aunque sujeto a constar por escrito para efectos probatorios conforme al art. 1708 y ss. CC.

El acuerdo obliga a las partes por lo que ninguno de los cónyuges podrá desconocerlo o incumplirlo, pero ello no provendrá de la teoría de los actos propios, sino de la autonomía privada y la fuerza vinculante de la convención reconocida por la ley.

Por otro lado, la teoría del acto propio no puede oponerse a que uno de los cónyuges demande la nulidad del acuerdo por vicios de forma o de fondo (con la salvedad prevista en el art. 22 LMC de que la nulidad de una o más cláusulas del acuerdo no afecta su mérito en cuanto a otorgar fecha cierta del cese de la convivencia). De igual modo, respecto de las materias que admiten variación conforme a un cambio de circunstancias (alimentos, cuidado personal, relación regular y directa) podrá solicitarse, por parte de cualquiera de los cónyuges, que el juez determine judicialmente dicha materia modificando o dejando sin efecto el acuerdo.

d) Convenio regulador de la separación convencional y del divorcio solicitado de común acuerdo

La Ley de Matrimonio Civil prevé que la separación judicial de los cónyuges sea solicitada conjuntamente por ambas partes, y que en tal caso “deberán acompañar un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos” (art. 27 inc. 2º LMC).

Algo similar se dispone para el divorcio solicitado de común acuerdo. El art. 55 LMC dispone “En este caso, los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que, ajustándose a la ley, regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos”.

En ambos casos se señala que para ser completo el acuerdo debe referirse a las materias previstas para la convención regulatoria de la separación de hecho y que se encuentran establecidas en el art. 21 de la Ley.

El acuerdo regulador de la separación judicial debe ser aprobado, modificado o complementado por el juez en la sentencia (arts. 31 inc. 2º LMC), y aunque la ley no lo disponga especialmente, lo mismo sucederá en el caso del divorcio solicitado de común acuerdo.

De esta forma, la fuerza vinculante del acuerdo se refuerza, incluso aunque el juez se haya limitado a refrendarlo, con la fuerza de la sentencia judicial que lo aprueba. Su desconocimiento o incumplimiento no necesita invocar la teoría de los actos propios, sino la autonomía de la voluntad reconocida por la ley, aunque limitadamente.

e) Acuerdo que fija la compensación económica

La compensación económica que la Ley de Matrimonio Civil contempla en caso de divorcio o nulidad para el cónyuge que sufra menoscabo económico conforme a los arts. 61 y 62, puede ser determinada convencionalmente. El art. 63 dispone que “La compensación económica y su monto y forma de pago, en su caso, serán convenidos por los cónyuges, si

fueren mayores de edad, mediante acuerdo que constará en escritura pública o acta de avenimiento, las cuales se someterán a la aprobación del tribunal”.

Nuevamente, si el juez aprueba la fijación y forma de pago de la compensación convenida, su obligatoriedad impedirá a cualquiera de los cónyuges volver contra su conducta anterior, pero ello no en virtud de la doctrina de los actos propios, sino por la autonomía privada admisible en este aspecto en el Derecho de Familia chileno.

f) Irrevocabilidad de la renuncia a los gananciales

El art. 1782 CC dispone que la renuncia a los gananciales efectuada por la mujer o sus herederos es irrevocable: “Hecha una vez la renuncia no podrá rescindirse, a menos de probarse que la mujer o sus herederos han sido inducidos a renunciar por engaño o por un justificable error acerca del verdadero estado de los negocios sociales”. Se agrega que “esta acción rescisoria” prescribirá en cuatro años, contados desde la disolución de la sociedad conyugal.

La acción rescisoria por engaño o error no es más que una acción de nulidad, de modo que la renuncia válidamente efectuada es irrevocable absolutamente³⁸. No puede la mujer o sus herederos ir contra el acto anterior de abdicación. Pero una vez más no se trata de la aplicación de la doctrina de los actos propios, sino de la eficacia vinculante de un acto jurídico (en este caso el acto unilateral de renuncia) y de los efectos propios de una renuncia de derechos, que produce justamente su extinción. Una vez extinguido por renuncia el derecho, éste no puede revivir. En la teoría de los actos propios, en cambio, el derecho no se extingue aunque su ejercicio en contradicción con una conducta anterior pueda ser considerado inadmisibles en ciertas circunstancias³⁹.

2. Casos en los que se aplica el principio de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo o torpeza

a) Guardador aparente de mala fe

Ya hemos considerado el caso del guardador aparente y hemos reconocido una aplicación de la doctrina de los actos propios cuando ejerce el cargo “creyendo serlo” (art.

³⁸ Ramos, R., ob. cit., t. I, p. 289, señala que el art. 1782 CC al decir que la renuncia no podrá rescindirse usa la expresión en el sentido de “revocar”. La doctrina, en general, habla de irrevocabilidad de la renuncia, aunque trata los casos de error o dolo como excepciones a dicha irrevocabilidad. La verdad es que no son excepciones porque todo acto es “revocable” por vicios de nulidad y esto es lo que sucede con la renuncia afectada de dolo o error.

³⁹ Para la diferencia entre renuncia y teoría de los actos propios, cfr. Díez-Picazo, L., ob. cit., pp. 159-165.

426 inc. 1° CC). Pero ahora nos toca analizar el supuesto en que el guardador aparente procede de mala fe, es decir, sabiendo que no puede ejercerlo legalmente. En tal caso, el inc. 3° del art. 426 dispone: “Pero si hubiere procedido de mala fe, fingiéndose tutor o curador, será precisamente removido de la administración, y privado de todos los emolumentos de la tutela o curaduría, sin perjuicio de la pena a que haya lugar por la impostura”.

La remoción, privación de emolumentos o pena que se conminan no tienen que ver con la doctrina de los propios actos, sino más bien con la doctrina de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo o de su propia torpeza⁴⁰.

b) Irrevocabilidad de las donaciones en caso de divorcio o nulidad

Una nueva aplicación de la doctrina de que nadie puede alegar su propia torpeza podemos ver en la prohibición de revocar las donaciones que se impone al cónyuge culpable de la separación o del divorcio. El art. 172 CC dispone: “El cónyuge inocente podrá revocar las donaciones que hubiere hecho al culpable, siempre que éste haya dado causa al divorcio o a la separación judicial por adulterio, sevicia atroz, atentado contra la vida del otro cónyuge u otro crimen de igual gravedad”. Luego, *a contrario sensu*, el culpable no tiene la facultad de revocar las donaciones *propter nuptias* (otorgadas antes del matrimonio). Aunque el art. 172 CC admite la revocación sólo frente a ciertas causa de divorcio o separación culpable, el art. 1790 CC amplía esa facultad a todas las formas de culpabilidad; dispone que “La sentencia firme de separación judicial o divorcio autoriza, por su parte, a revocar todas las donaciones que por causa del mismo matrimonio se hayan hecho al cónyuge que dio motivo a la separación judicial o al divorcio por su culpa verificada la condición señalada en el inciso precedente”, esto es, que de la donación y su causa haya constancia por escritura pública. Nuevamente, *a contrario sensu*, el cónyuge culpable carece de este poder revocatorio⁴¹.

Lo mismo sucede respecto del cónyuge que contrae de mala fe un matrimonio posteriormente declarado nulo. La Ley de Matrimonio Civil, al tratar del matrimonio putativo, dispone que “Las donaciones o promesas que por causa de matrimonio se hayan hecho por el otro cónyuge al que casó de buena fe, subsistirán no obstante la declaración de la nulidad del matrimonio” (art. 51 inc. 3° LMC). De nuevo, *a contrario sensu*, las otorgadas al cónyuge de mala fe pueden revocarse. Así lo dice expresamente el art. 1790 inc. 1° CC: “Declarada la nulidad del matrimonio, podrán revocarse todas las donaciones que por causa del mismo matrimonio se hayan hecho al que lo contrajo de mala fe, con tal que de la donación y de su causa haya constancia por escritura pública”.

⁴⁰ Para la diferencia entre ambas doctrinas, cfr. Díez-Picazo, L., ob. cit., pp. 203-204.

⁴¹ Menciona el problema de qué precepto debe aplicarse: si el restringido del art. 172 o el amplio del art. 1790 CC, sin pronunciarse sobre la solución, Pardo de Carvalho, Inés, “El divorcio II: Divorcio de común acuerdo. Divorcio unilateral. Acción de divorcio. Efectos”, en Vidal Olivares, Álvaro (coord.), *El nuevo Derecho chileno del matrimonio (ley N° 19.947 de 2004)*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 188.

Pero el cónyuge que contrae de mala fe no puede ejercer esta facultad revocatoria: “Carecerá de esta acción revocatoria el cónyuge putativo que también contrajo de mala fe” (art. 1790 inc. 4° CC).

Esta imposibilidad de volver sobre su propio acto donatario que se preceptúa para el cónyuge culpable del divorcio o la separación o para el cónyuge putativo de mala fe, no proviene de la doctrina de los propios actos, sino más bien de la regla de que nadie puede invocar su propia torpeza en su beneficio.

c) Imposibilidad de alegar la propia culpa para pedir la separación judicial o el divorcio

Tanto para la separación judicial como para el divorcio fundados en una falta imputable se impide que el cónyuge culpable alegue dicha causal para pedir la separación o el divorcio. Así, el art. 26 inc. 3° LMC, dispone que tratándose de separación por falta imputable, “la acción para pedir la separación corresponde únicamente al cónyuge que no haya dado lugar a la causal”.

Por su parte el art. 56 LMC señala que la acción de divorcio pertenece exclusivamente a los cónyuges y que “Cualquiera de ellos podrá demandarlo, salvo cuando se invoque la causal contemplada en el artículo 54 [falta imputable], en cuyo caso la acción corresponde sólo al cónyuge que no hubiere dado lugar a aquélla”.

No se trata de la aplicación de la doctrina de los propios actos, sino una vez más de la teoría de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo.

d) Imposibilidad del padre o madre o del tercero aportante de gametos de impugnar la filiación del hijo concebido por medio de técnicas de reproducción asistida

Desde la aparición de las técnicas de reproducción asistida realizadas con donación de gametos, especialmente de espermios, se produjo el problema de qué respuesta debía darse en el caso de que el marido o conviviente que habiendo aceptado que su mujer concibiera y gestara un hijo con esperma ajeno luego se retractaba y pretendía ejercer una acción de impugnación de la filiación, la que resultaría procedente al acusar los tests biológicos la ausencia de vínculo biológico con el hijo así concebido. La doctrina que trató inicialmente de esta cuestión adujo que una forma de impedir la acción del padre legal era aplicar la doctrina de los propios actos y rechazar la pretensión de desconocer al hijo basada en la contradicción entre la voluntad de asumir la paternidad al consentir la aplicación de la técnica y la revocación posterior⁴². No obstante, la cuestión era dudosa

⁴² Delgado Echeverría, Jesús, “Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial, el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde”, en AA.VV,

nuevamente porque se estimaba que, tratándose de una materia indisponible, de estado civil, no cabía aplicar la doctrina⁴³. De allí que las leyes fueran disponiendo expresamente la imposibilidad de impugnar la paternidad en estos casos.

La ley chilena se planteó este problema al momento de reformar el régimen de filiación para establecer la igualdad de derechos de los hijos de filiación determinada y la libertad de investigación de la paternidad o maternidad admitiendo la pruebas periciales biológicas (ley N° 19.585, de 1998). Ante la preocupación de que esta última posibilitara la impugnación de la paternidad por parte del marido o varón conviviente que había consentido en la aplicación de la técnica se dispuso que “El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas” y que “No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta” (art. 182 CC).

Puede sostenerse que la norma en cuanto impide al varón que ha consentido en la aplicación de la técnica impugnar su paternidad (ya sea determinada por presunción de paternidad o por reconocimiento) se funda en la idea de que nadie puede ir contra sus propios actos. Pero debe considerarse que el art. 182 CC no ha pretendido legitimar ni autorizar la realización de este tipo de prácticas reproductivas, y que, conforme a los principios que inspiran nuestra legislación de familia y fundamentalmente el derecho a la identidad del hijo y el interés superior del niño, puede bien considerarse que las llamadas técnicas heterólogas (con gametos ajenos) son ilícitas en nuestro ordenamiento (por más que se realicen de hecho y que socialmente estén toleradas)⁴⁴. Pues bien, si la práctica es contraria a derecho, también lo es el consentimiento del varón a acoger como padre a un hijo que no es suyo utilizando gametos de un tercero que renuncia anticipadamente a la paternidad. Siendo ilícita la primera conducta, la norma que veda su retractación no se funda en la teoría del acto propio, sino más bien en el principio de “*nemo potest propriam tupidinē allegans*”⁴⁵.

La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Comunidad Autónoma de Euskadi y Editorial Trivium, Madrid, 1988, p. 221.

⁴³ Una revisión de la polémica antes de que la ley N° 19.585 introdujera la norma del art. 182 CC, puede verse en Gumucio Schönthaler, Juan Cristóbal, *Procreación asistida. Un análisis a la luz de la legislación chilena*, Conosur, Santiago, 1997, pp. 168-173. Por nuestra parte, en su momento sostuvimos la procedencia de la impugnación de la paternidad por parte del marido sobre la base de la irrenunciabilidad e intransigibilidad del estado civil: cfr. Corral Talciani, Hernán, “Procreación médicamente asistida. Perspectivas para una legislación en Chile”, en AA.VV., *Seminario sobre matrimonio y familia*, P. Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 1994, p. 51. Cfr. también Corral Talciani, H., “La filiación en las técnicas de reproducción humana asistida”, en *Revista de Derecho* (U. Católica del Norte), 2000, pp. 105-106.

⁴⁴ Sobre las razones para rechazar la licitud de las llamadas “técnicas heterólogas”, puede verse nuestro trabajo: Corral Talciani, Hernán, “Acceso de parejas no casadas a las técnicas de reproducción asistida, donación de gametos y gestación por cuenta ajena”, en *Fecundación Asistida. Jornada de Estudio y reflexión*, Cuaderno Humanitas 11, 1998, pp. 31-34

⁴⁵ Permanece la cuestión de qué se diría sobre el marido que consiente en que su mujer mantenga relaciones sexuales con un tercero con la finalidad de que conciba un hijo que le sea atribuido. ¿Podrá luego este marido impugnar la maternidad? Podría señalarse que la acción de estado es de orden público e irrenunciable de modo que puede ejercerla, lo cual entraría en franca contradicción con la solución prevista en el art. 182 CC (siendo las dos situaciones, prescindiendo de la forma de acceso de los espermios a la mujer, sustancialmente similares). Tal vez, la cuestión podría uniformarse si se considera que también en este caso la

La norma se refiere también a la imposibilidad de reclamar una filiación distinta, porque contempla la posibilidad de que el donante de gametos pudiera ejercer una acción de reclamación de la filiación respecto del hijo concebido con el uso de su material genético. También se le veda el ejercicio de esta acción, y nuevamente la explicación podría residir en una aplicación de la doctrina de los actos propios, ya que el aportante realiza una especie de “abdicación” de su derecho a la paternidad al entregar sus células germinales para permitir que otro devenga en padre. Pero una vez más cabe considerar si estamos ante una conducta lícita o no. Consideramos que la renuncia anticipada a la paternidad es un acto contrario a derecho (como también la donación de material genético con fines reproductivos, que vulnera la indisponibilidad del estado civil y puede ser considerado nula por objeto intransferible o causa ilícita). Si nos asiste la razón, la explicación del rechazo de su acción puede encontrarse mejor en la aplicación de la doctrina de que nadie puede alegar su propia torpeza o nadie puede aprovecharse de su propio dolo.

En ambos supuestos (negación de la impugnación del marido o de la reclamación del aportante biológico), ninguna de las dos teorías: el “*venire contra factum proprium*” o el “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, puede invocarse contra el derecho del hijo a establecer la verdadera filiación o, al menos, para conocer la identidad del progenitor biológico⁴⁶.

3. Privación de derechos como sanción a conductas antijurídicas

a) Ocultación de bienes sociales

El art. 1768 CC dispone que “aquel de los cónyuges o sus herederos que dolosamente hubiere ocultado o distraído alguna cosa de la sociedad, perderá su porción en la misma cosa y se verá obligado a restituirla doblada”. Una norma similar se contempla para el régimen de participación en los gananciales (art. 1792-18 CC).

El efecto que impone la ley a la conducta dolosa del cónyuge, o sus herederos, no es una consecuencia de la teoría de los actos propios. Se trata de una verdadera sanción o pena civil por el comportamiento reprochable del autor de la ocultación o distracción.

b) Privación del derecho a pedir el divorcio por incumplimiento de la obligación alimenticia

acción quedaría vedada, pero no por la doctrina de los actos propios, sino por la regla de que nadie puede alegar su torpeza en propio beneficio.

⁴⁶ Sobre este punto, véase nuestro trabajo Corral Talciani, Hernán, “Reproducción humana asistida y filiación: un análisis del nuevo artículo 182 del Código Civil”, en *Cuadernos Jurídicos* (U. Central) 2, 2000, pp. 169-177, en especial pp. 175-176.

El art. 55 inc. 3° LMC dispone que habrá lugar al divorcio unilateral cuando se verifique un cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de, a lo menos, tres años, pero agrega: “salvo que, a solicitud de la parte demandada, el juez verifique que el demandante, durante el cese de la convivencia, no ha dado cumplimiento, reiterado, a su obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo”.

El incumplimiento de la obligación alimenticia produce una imposibilidad de invocar el divorcio por cese de la convivencia contra la voluntad del otro cónyuge. Podría pensarse que estamos frente a una aplicación de la teoría de los propios actos, pero pensamos que se trata más bien de una sanción o pena civil para aquel que se ha comportado reprochablemente en el cumplimiento de sus deberes maritales o paternos y que consiste en la privación del derecho a pedir el divorcio invocando el período de cese de la convivencia donde se ha producido dicho incumplimiento⁴⁷.

V. Casos de aplicación de la doctrina de los actos propios en materias no legisladas

1. Petición de divorcio unilateral para dejar sin efecto separación judicial convenida

En el actual sistema de regulación de las rupturas matrimoniales instaurado por la ley 19.947, de 2004, la separación de los cónyuges no es considerada una mera etapa que conduce al divorcio, sino una forma alternativa y autónoma de canalización jurídica del conflicto matrimonial. Los cónyuges asumen la calidad de separados y se suspende su vida en común pero se mantiene el vínculo matrimonial entre ellos.

Una de las formas de separación es la solicitada de común acuerdo entre los cónyuges. Para ello no basta el consentimiento de las partes sino que debe comprobarse que ha cesado la convivencia entre ellas. La separación es decretada por sentencia judicial, que se subinscribe al margen de la inscripción de matrimonio en el Registro Civil.

Nos parece que, si decretada la separación por mutuo acuerdo de los cónyuges, uno de ellos posteriormente demanda el divorcio de manera unilateral invocando el cese de la convivencia por más de tres años estaría incurriendo en una contradicción de conducta

⁴⁷ La jurisprudencia y la doctrina han señalado que la norma contempla una verdadera sanción, por lo que no procede aplicarla en forma retroactiva (a los incumplimientos anteriores a la entrada en vigencia de la ley N° 19.947): C. Concepción, 3 de Julio de 2006, rol 996-06; C. Antofagasta, 5 de febrero de 2009, rol 1303-2008, LP 41681; Ramos, R., ob. cit., t. I, pp. 111-112. También para efectos de interpretar que la norma se aplica aunque sólo haya incumplimiento respecto del cónyuge o de los hijos se declara que ello debe hacerse a la luz de la “la finalidad de la disposición, cual es, sancionar la infracción a la obligación de socorro y el principio de protección al cónyuge más débil” (C. Concepción, 27 de marzo de 2009, rol 20-2009, cons. 6°). La misma Corte, sin embargo, en otra ocasión ha declarado que se trata de un requisito de procedencia de la acción de divorcio y no de una sanción: “No se trata de una sanción, como lo pretende el demandante sino que [de] un requisito legal exigido en materia de familia, teniendo el juez la obligación de verificar que se haya cumplido” (C. Concepción, 2 de enero de 2009, rol 1654-2007).

relevante que infringe el principio de buena fe y de lealtad para con el otro cónyuge⁴⁸. De esta forma, esa acción debería ser declarada inadmisibile por aplicación de la doctrina de los actos propios. No se trata de que el matrimonio se torne indisoluble y que no proceda el divorcio en ningún supuesto. No se impediría el divorcio solicitado conjuntamente o si se invoca una falta imputable. La doctrina de los actos propios sólo impide la pretensión de dejar sin efecto por voluntad unilateral una situación jurídicamente reglamentada a la que se accedió de común acuerdo con su consorte. Vulnera la buena fe y la confianza del otro cónyuge el que se deje sin efecto una solución alternativa al divorcio que se buscó consensuadamente⁴⁹.

2. Inadmisibilidad de la compensación económica en caso de que el cónyuge beneficiario sea el que demanda el divorcio por voluntad unilateral

Un segundo caso en los que sostenemos que debe aplicarse la teoría de los actos propios es aquel en que el cónyuge que demanda el divorcio unilateral por cese de la convivencia pretende reclamar en su beneficio el pago de la compensación económica por el menoscabo económico que produce dicho divorcio.

Cualquiera sea la naturaleza jurídica que se admita a esta institución: supuesto de responsabilidad civil, prestación alimenticia, resarcimiento por afectación lícita de derechos, enriquecimiento sin causa, etc., lo importante es que la ley la considera una “compensación” a un daño causado o provocado por el divorcio. Si esto es así, resulta incoherente que alguien cause el divorcio por su propia voluntad e incluso contra la voluntad de la otra parte, y al mismo tiempo pretenda que se le compense el daño que dicho divorcio le provoca. Es claro que la compensación tiene por objeto atenuar de alguna manera la privación que produce el divorcio del estatuto económico protector del matrimonio⁵⁰. Pero sería gravemente inconsecuente que el mismo cónyuge que se desposee a sí mismo de ese estatuto demande que se le compense dicha privación que el mismo impuso al otro.

⁴⁸ No se puede invocar el principio de la autonomía privada o la obligatoriedad de las convenciones, porque el mutuo acuerdo es sólo un supuesto de la separación judicial. Esta es una situación familiar constituida por sentencia judicial, y no una convención o contrato.

⁴⁹ En un primer comentario a la Ley de Matrimonio Civil invocábamos ya la teoría de los actos propios para propiciar la improponibilidad del divorcio unilateral que pretenda dejar sin efecto una separación judicial decretada por petición conjunta de los cónyuges: Corral Talciani, Hernán, “Una ley de paradojas. Comentario a la nueva ley de matrimonio civil”, en *Revista Chilena de Derecho Privado* 2, 2004, p. 265. Sobre la función alternativa de la separación judicial, véase Corral Talciani, Hernán. “¿Puede ser la separación personal una alternativa al divorcio? Un análisis de la reciente ley chilena de matrimonio civil”, en *GJ* N° 320, 2007, pp. 57-66. Sobre el tema de los actos propios aplicado a la separación de común acuerdo ver p. 65.

⁵⁰ Cfr. Corral Talciani, Hernán, “La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial”, en *Revista Chilena de Derecho* 34 (2007), 1, pp. 23-40; en especial pp. 24-25.

Nuevamente, la inadmisibilidad de la pretensión de pago de la pensión compensatoria resulta de una transgresión de la doctrina de los actos propios, porque la contradicción entre la conducta de pedir el divorcio y luego demandar el resarcimiento del perjuicio que este provoca lesiona la buena fe del otro cónyuge y desnaturaliza la función de la figura legal de la compensación económica⁵¹.

3. Impugnación de la paternidad por el autor del reconocimiento

Uno de los casos en los que la jurisprudencia chilena ha invocado la doctrina de los actos propios es el que se presenta cuando el autor del reconocimiento de un hijo pretende dejar sin efecto ese reconocimiento por vía de la impugnación de la paternidad. Un fallo así lo ha entendido al declarar que “teniendo el reconocimiento voluntario –factor de determinación– el carácter de irrevocable, no resulta procedente que el autor de tal reconocimiento pueda actuar en contra de su propio acto, que consistió en admitir en forma voluntaria y solemne su paternidad respecto de un hijo, al margen de si el acto se corresponde o no con la realidad” (C. Valparaíso, 17 de julio de 2008, rol 1529-2008, *LP* 39461).

A nuestro juicio, cabe hacer varias distinciones para determinar si es aplicable dicha doctrina a un supuesto como este.

En primer lugar, es necesario determinar si procede aplicar esa doctrina para negar que el padre reconociente pueda impugnar la paternidad no matrimonial determinada por su acto de reconocimiento. Para ello es menester precisar si en abstracto está el padre legitimado para impugnar la paternidad no matrimonial o no. Sólo si existe esta legitimación, podrá discutirse si debería, a pesar de ello, desestimarse la acción por la incongruencia de conductas entre atribuir la calidad de hijo y la de desconocerla. Es lo que sucede en la Argentina⁵², en España⁵³ y en Italia⁵⁴.

⁵¹ Argumentamos en tal sentido invocando la teoría de los actos propios en Corral, H., “La compensación...” cit., p. 29.

⁵² El Código Civil argentino dispone que el reconocimiento puede ser impugnado por el hijo o por todos los que tengan interés en hacerlo (art. 263 CC), de lo cual los autores piensan que el padre reconociente está legitimado para ejercer la acción. En esta situación sí es posible plantearse la posibilidad de la aplicación de la doctrina de los actos propios. Mendez Costa, María Josefa, *La filiación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1986, p. 354, señala que si se hace un reconocimiento falso a sabiendas no procede la impugnación “porque no está permitido invocar la propia torpeza”, señalando que ella llega hasta la tipificación de un delito penal por lo previsto en el art. 139 inc. 2º del Código Penal. Para otros, el reconociente no puede en ningún caso impugnar el reconocimiento por ser éste irrevocable y por el principio “*nemo auditur*” (Zannoni, Eduardo A., *Derecho de Familia*, Astrea, 3ª edic., Buenos Aires, 1998, t. II, p. 480; Azpiri, Jorge O., *Derecho de familia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 438). También se invoca el principio de los actos propios, aunque con cierta confusión con el de la propia torpeza: “El padre no es legitimado activo de esta acción.- Ello es así porque el reconocimiento es irrevocable (art. 249, CCiv.), y por otra parte siendo el autor del reconocimiento no puede alegar su propia torpeza aplicándose en la especie el adagio romano que dice *non concedit venire contra factum proprium* {sic} (Perrino, Jorge O., *Derecho de Familia*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, t. II, p. 1449). López Mesa, L., ob. cit., p. 154, cita el fallo de SCBA de 27 de octubre de 2004, que determinó que el

En cambio, la legislación chilena concede legitimación para impugnar la paternidad determinada por reconocimiento al hijo, al representante legal del hijo incapaz, a los herederos del hijo y a “toda persona que pruebe un interés actual en ello” (art. 216 CC), sin que se incluya al padre que ha reconocido⁵⁵. No se puede tampoco calificar al padre como “persona que pruebe interés actual”, ya que es claro que en este caso, como en otros similares (art. 218 CC), estas personas son “terceros” distintos de los que aparecen como padres. En consecuencia, la improcedencia de la acción de impugnación por parte del reconociente no requiere fundarse en la doctrina de los actos propios, que sólo puede entrar a funcionar de manera supletoria cuando no existan otras razones que permitan rechazar la pretensión. En este caso, la acción puede rechazarse sencillamente por falta de legitimación activa⁵⁶.

propio reconociente no puede impugnar el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, ya que si el reconocimiento es válido tiene el carácter de irrevocable y es contraria dicha negativa con los propios actos anteriores, deliberados, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces.

⁵³ Una sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1967, conociendo de un reconocimiento de complacencia, en el que el autor del reconocimiento sabía que no era el padre porque no conocía a la madre al tiempo de la concepción, estimó que no podía aplicarse la doctrina de los actos propios para impedir la impugnación por parte del reconociente por tratarse de un acto *contra legem*. Después de la reforma al régimen de filiación, el Tribunal Supremo, por sentencia de 28 de noviembre de 1992, sentenció que las cuestiones relativas a la filiación siendo de orden público quedan sustraídas a la libre autonomía de la voluntad, por lo no pueden ser constitutivas de actos propios las declaraciones de la madre en los procesos sobre la filiación de la hija (Rogel Vide, C., ob. cit., pp. 222-223).

⁵⁴ El art. 263 del Código Civil italiano menciona expresamente al autor del reconocimiento como titular de la acción de impugnación: “El reconocimiento puede ser impugnado por defecto de veracidad por el autor del reconocimiento, de aquel que ha sido reconocido o de cualquier interesado”. No obstante, la doctrina ha criticado que no se tenga en cuenta la buena o mala fe del reconociente, e invocan en contra del derecho a impugnar del autor del reconocimiento que actúa sabiendo de la falta de verdad biológica de la filiación el principio “*di autoresponsabilità per la propria dichiarazione*”. En general, la jurisprudencia admite la acción en todo caso, pero hay pronunciamientos en contra, como la sentencia del Tribunal de Torino de 31 de marzo de 1992, Dir. Fam., 1993, p. 193, que niega que el que había reconocido a un hijo a sabiendo que no era suyo sea titular de la acción de impugnación, argumentando sobre el principio de autoresponsabilidad y la tutela de la buena fe. Cfr. Nadeo, Francesca, “*La filiazione naturale*”, en *Il Diritto di Famiglia nella Dottrina e nella Giurisprudenza. Trattato Teorico-Pratico*, Gabierla Autorino Stansione (dir.) IV: *La filiazione. La potestà dei genitori. Gli istituti di protezione del minore*, G. Giappichelli, Torino, 2006, pp. 143-144.

⁵⁵ En este sentido, C. Antofagasta, 18 de marzo de 2008, rol 490-2007, LP 38518; C. Valparaíso, 17 de julio de 2008, rol 1529-2008, LP 39461. Court Murasso, Eduardo, *Nueva ley de filiación*, Conosur, 2ª edic., Santiago, 2000, p. 72, sostiene que “la ley no concede acción para impugnar el reconocimiento al padre” y que si lo ha hecho a sabiendo la imposibilidad puede fundarse en máxima “*nemo auditur*”.

⁵⁶ No nos parece correcta la negación de la acción fundada en la irrevocabilidad del acto de reconocimiento, ya que tal característica sólo puede referirse a la imposibilidad de dejar sin efecto dicho acto por la mera voluntad revocatoria del autor, pero no puede impedir que se impugne judicialmente la filiación determinada por el reconocimiento. No obstante, varios fallos invocan esta irrevocabilidad para rechazar la acción: C. Sup. 3 de octubre de 2002, rol 2646-2002, LP 26031; C. Sup. 30 de octubre de 2003, rol 1994-03, LP 28789. En el mismo sentido, Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, *El sistema filiativo chileno*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 103. En cambio, acertadamente, el fallo de la C. Temuco, 24 de enero de 2008, rol 947-2007, LP 38269, sostiene que “si bien conforme al artículo 189 inciso segundo del Código Civil el reconocimiento de la paternidad es irrevocable, ello dice relación con el que no puede ser dejado sin efecto por un mero acto de voluntad del que lo prestó, pero no implica que no pueda ser atacado por la vía de la impugnación de la paternidad, pues en tal caso no es el que presta el reconocimiento quien deja sin efecto el mismo, sino que el Tribunal, convocado por la sociedad para dirimir a través de un acto de autoridad la

Diversa es la situación de si el reconociente puede ejercer la acción de nulidad del reconocimiento. En este caso no se alega que el reconocido no es hijo biológico del reconociente sino sencillamente que el acto jurídico de reconocimiento adolece de un vicio que produce su invalidez. La posibilidad de pedir la nulidad del reconocimiento está expresamente prevista en el art. 202 CC, que pone el plazo de un año de prescripción a la acción cuando se invoquen vicios de la voluntad. El problema suele presentarse en los casos en los que el autor del reconocimiento alega que obró por error pensando en que el hijo reconocido era suyo. ¿Puede negarse la acción en este caso invocando la doctrina de los actos propios? La respuesta debe ser negativa, puesto que la impugnación de nulidad de un acto no contraría la doctrina de los actos propios, incluso cuando se invoca el vicio del error⁵⁷.

Hay un caso, sin embargo, en que podemos considerar aplicable la doctrina de los actos propios y es el de los llamados reconocimientos de complacencia, es decir, aquellos que se hacen a sabiendas de que el reconocido no es hijo biológico del autor del reconocimiento. Si se alega la nulidad de este reconocimiento pero por un vicio de forma o por un error determinante (como por ejemplo de que se trataba de un hijo de un hermano fallecido trágicamente), aunque en principio debiera proceder la nulidad, la buena fe debe impedir que se alegue contra el hecho propio de considerar legalmente hijo a una persona que no lo es⁵⁸.

situación en conflicto” (cons. 2). Se equivoca, a nuestro juicio, la sentencia de la Corte de Temuco al estimar que el padre está legitimado en virtud de una interpretación amplia del inc. 4º del art. 216 CC. Esta última doctrina ha sido sostenida, si bien no como fundamento de la decisión, por un fallo de Corte Suprema: C. Sup. 12 de marzo de 2007, rol 4679-2007, LP 36116, aunque con un voto de minoría que argumenta la falta de legitimación del padre como tercero interesado.

⁵⁷ Cfr. Díez-Picazo, L., ob. cit., p. 210. La jurisprudencia ha reconocido la posibilidad de declarar la nulidad del reconocimiento fundado en vicio de error del reconociente: C. Antofagasta, 28 de marzo de 2002, rol 1227-2005.

⁵⁸ En contra Court, E., ob. cit., p. 72, quien piensa que el autor de un reconocimiento de complacencia, por ejemplo para complacer a la madre soltera con quien piensa casarse, si bien no puede impugnar el reconocimiento porque sería contrario a la regla del “*nemo auditur*”, sostiene que ello sería “sin perjuicio de la posibilidad de impetrar la nulidad del reconocimiento por vicios de la voluntad, según la regla del art. 202”. Pareciera que un caso de esta especie fue resuelto por la C. Antofagasta, 24 de junio de 2008, rol 402-2008. Los hechos fueron los siguientes: el demandante alega que sostuvo sólo en una ocasión relaciones sexuales con la madre de la menor, pero que frente a sus dichos y aunque el nacimiento se produjo antes de completar los nueve meses de gestación, procedió a reconocer a la criatura como su hija en la inscripción de nacimiento y a sufragar los gastos del parto. Posteriormente, le realiza un examen de ADN que resulta negativo en cuanto a la paternidad, e interpone demanda de nulidad del reconocimiento por vicio de la voluntad. El tribunal de primera instancia rechaza la demanda y la Corte confirma el fallo. Una de las razones que la Corte esgrime es que “De conformidad con el mérito del certificado de nacimiento que se encuentra agregado a fojas 1 de los autos, consta que el demandante E. E. M. O. figura como padre de la menor E. C. M. C., nacida el 7 de mayo de dos mil cinco en Antofagasta, inscripción N° xxx del año 2.005 del Servicio de Registro Civil e Identificación, de lo que se desprende que en forma voluntaria concurrió a inscribir a la menor, no obstante estar en conocimiento de los hechos que reseña su Abogado en la presentación de fojas 8, y no conforme con lo anterior siguió realizando actos que evidenciaban su paternidad y estrecha relación con la menor”. Pareciera que se trata de la aplicación de la doctrina de que nadie puede ir contra sus propios actos a un reconocimiento que se hizo a sabiendas de no ser la reconocida hija del autor del reconocimiento. Pero a renglón seguido la Corte deduce que el rechazo de la demanda se hace por falta de prueba del error: “Por ende, los vicios de la voluntad que se han alegado para solicitar en esta causa la nulidad del acto de reconocimiento, debieron probarse en forma legal durante el curso del proceso, lo que no sucedió” (cons. 5º).

4. Impugnación de la paternidad por el marido que consintió en la inscripción del hijo concebido durante la separación judicial

De acuerdo al art. 184 inc. 3º CC, rige la presunción de paternidad a favor del hijo concebido durante la separación judicial de los cónyuges, por el hecho de consignarse como padre el nombre del marido, a petición de ambos cónyuges, en la inscripción de nacimiento del hijo.

Se plantea, entonces, si el marido puede más tarde impugnar la filiación matrimonial. En este caso, la legitimación del marido es clara: el mismo art. 184 inc. 4º CC señala que la paternidad “así determinada... podrá ser impugnada... de acuerdo con las reglas establecidas en el Título VIII”. Por su parte, el art. 212 CC prevé la legitimación del marido para impugnar la paternidad del hijo concebido o nacido durante el matrimonio.

Aclarada la legitimación, procede preguntarse si la pretensión puede ser declarada inadmisibile sobre la base de los actos propios. Si el marido requirió la inscripción a sabiendas de que se trataba de un hijo ajeno, nos parece que procedería aplicarle la doctrina del “venire contra” y negar la admisibilidad de la acción de impugnación⁵⁹.

Más compleja es la situación del marido que consiente en la inscripción pensando equivocadamente que se trata de un hijo suyo. Este punto entronca con la discusión sobre si la conducta errónea o equivocada da lugar a la aplicación de la doctrina de los actos propios. Según parte de la doctrina, la doctrina debe aplicarse aun cuando la primera conducta que se pretende contradecir haya sido motivada por error, siempre que objetivamente esa conducta haya provocado una legítima confianza en un tercero de buena fe⁶⁰. Si se sigue este predicamento tampoco podría el marido que erró sobre su paternidad ejercer la acción de impugnación.

No obstante, pensamos que si se considera que la petición de inscripción es una especie de acto jurídico de reconocimiento, podría proceder una acción de nulidad fundada en un vicio de la voluntad como el error (o el dolo)⁶¹. A esta acción no procedería aplicarle la doctrina del acto propio, ya que la primera conducta no cumple con el requisito de ser válida.

Las dos afirmaciones pueden ser compatibles: si se hizo a sabiendas no hay vicio de error en el consentimiento en cuanto a la filiación, y si lo hubo respecto de otras circunstancias ello no fue ni alegado ni probado.

⁵⁹ Gómez de la Torre, M., ob. cit., p. 102, estima que no procede la acción de impugnación, pero la funda en la irrevocabilidad del reconocimiento.

⁶⁰ Cfr. Díez-Picazo, L., ob. cit., pp. 210-212.

⁶¹ Gómez de la Torre, M., ob. cit., p. 212, sostiene que se admite la acción de nulidad para este especial reconocimiento.

5. Impugnación de la maternidad por parte de la mujer que reconoció al hijo

La maternidad, conforme al art. 183 inc. 1º del Código Civil, queda determinada legalmente por el parto, si se producen las condiciones que el mismo precepto y la Ley del Registro Civil contemplan.

Pero si la determinación no se produce por el parto, la maternidad puede quedar determinada por el reconocimiento (arts. 183 inc. 2º y 186 CC), el que se sujeta a las mismas disposiciones que el reconocimiento paterno (arts. 187 y ss.).

No sucede lo mismo respecto de la impugnación de la filiación así determinada, pues hay reglas especiales para impugnar la paternidad establecida por reconocimiento (art. 216) y otras para impugnar la maternidad cualquiera sea la forma de determinación (incluida por tanto la que consiste en haber reconocido al hijo por acto voluntario). Estas reglas están en los arts. 217 a 219 CC.

Aquí si la ley expresamente concede legitimación para impugnar a la misma madre reconociente. En efecto, el art. 217 inc. 2º CC dice que “tienen derecho a impugnarla [la maternidad] el marido de la supuesta madre y la misma madre supuesta”. Esta última expresión: “la misma madre supuesta” es aplicable a la madre que aparece como tal por haber ella misma reconocido al hijo. No hay duda, por tanto, en que la madre autora del reconocimiento tiene derecho a impugnar la maternidad.

Aquí sí cabe plantearse si la teoría de los actos propios puede venir supletoriamente a evitar un resultado contrario a la buena fe impidiendo a la madre desarrollar una conducta contradictoria con su comportamiento anterior de reconocer al hijo. Nuevamente, digamos que no nos parece suficiente razón para argumentar en contra de la acción de la reconociente la irrevocabilidad que se atribuye legalmente al reconocimiento (art. 189 inc. 2º), ya que en este caso no se está impugnando o revocando el reconocimiento como acto jurídico, sino la filiación que fue determinada a través de ese medio formal. Además, la irrevocabilidad se refiere a que no puede el padre o madre unilateralmente o, incluso, con el consentimiento del hijo, dejar sin efecto el reconocimiento llevado a cabo, pero no que no sea impugnable a través de las acciones que la misma ley concede para ello (nulidad, impugnación de la filiación).

A nuestro juicio, en principio es aplicable para impedir la impugnación la doctrina del acto propio, pero es necesario distinguir si la mujer actuó de buena fe creyendo que el hijo era suyo o si lo hizo a sabiendas de la falta de realidad de la maternidad. De acuerdo a la posición que señala que la conducta errónea no descarta la aplicación de la teoría, si objetivamente ha producido un estado de hecho relevante y en el que se podía confiar, como defiende Díez-Picazo⁶², deberíamos concluir que en ambos supuestos la madre estaría impedida de impugnar. A la madre que actuó por error sólo le quedaría el recurso de interponer una acción de nulidad fundada en el error en virtud del art. 202 CC en el plazo de un año.

Pero si se sigue el predicamento opuesto, a saber que si la primera conducta fue motivada por un error excusable no debe considerarse como jurídicamente relevante para

⁶² Díez-Picazo, L., ob. cit., pp. 209 y ss..

impedir la actitud contraria⁶³, en tal evento deberá concluirse que la mujer que actuó, excusablemente, pensando que se trataba de un hijo propio, podía ejercer la acción de impugnación. En esta posición, sólo la madre que ha reconocido al hijo a sabiendas que no era el suyo (reconocimiento de complacencia) estará imposibilitada de ejercer la acción de impugnación por aplicación de la doctrina de los actos propios⁶⁴.

Tampoco podría esta madre invocar la nulidad del reconocimiento por vicio de la voluntad ya que justamente sabía que el hijo no era suyo. Se aplicaría la teoría de los propios actos si alega nulidad por un vicio de forma o por un error en los motivos del reconocimiento, aunque haya sido determinante, según lo que acabamos de establecer también para el reconocimiento paterno.

6. Imposibilidad de repudiación del reconocimiento por parte de los herederos que hayan aceptado dicho reconocimiento

Ya hemos contemplado que el Código Civil acepta expresamente la teoría del acto propio impidiendo al hijo que ha aceptado, expresa o tácitamente, el reconocimiento que pueda posteriormente ejercer el derecho a repudiarlo y así dejar sin efecto la filiación establecida, lo que también alcanza a sus herederos cuando estos pueden ejercer la acción en caso de que se trate de un reconocido ya fallecido o que fallece siendo menor de edad o durante el transcurso del plazo que tenía para repudiar (arts. 192 y 193 CC).

No señala, sin embargo, la ley civil si se mantiene el derecho a repudiar de los herederos, en los casos ya indicados previstos en el art. 193 CC, cuando no es el hijo fallecido el que ha realizado el acto de aceptación, sino que son ellos mismos los que han desarrollado esa conducta.

Abeliuk se ha puesto en el caso, y al constatar la falta de norma legal, sostiene que “nos parece evidente que si los herederos aceptan el reconocimiento, no pueden posteriormente cambiar a la repudiación. No sería lógico y podrían aplicarse por analogía las normas sobre aceptación y repudiación de las herencias en las cuales, por lo demás, se inspira el art. 192.— En tal caso el art. 1234 del Código Civil, por regla general, no permite ‘rescindir’, esto es, dejar sin efecto la aceptación una vez efectuada”⁶⁵. Y si se acepta la indivisibilidad de la facultad, bastará que uno de los herederos haya aceptado expresa o tácitamente para todos queden impedidos de repudiar⁶⁶.

⁶³ López Mesa, M., ob. cit., pp. 187-190.

⁶⁴ Nos parece más adecuada la teoría del acto propio que la del “nemo auditur” ya que no es claro que en todo caso este tipo de reconocimiento sea ilícito o incluso inmoral. Muchas veces se hace como forma de proteger a la criatura y de acogerla como hijo.

⁶⁵ Abeliuk, R., ob. cit., t. I, p. 106.

⁶⁶ Así lo considera Somarriva, M., ob. cit., p. 438, para la repudiación de la legitimación por subsiguiente matrimonio pero cuya normativa se aplicaba al reconocimiento de filiación natural. En contra, se muestra Alessandri, A., ob. cit., p. 27, para el cual los herederos no necesitan proceder de consuno y unos

Por nuestra parte, estando de acuerdo con la conclusión, estimamos que ella queda mejor justificada si se aplica directamente (ya no por vía de texto normativo expreso) la doctrina de los actos propios. El heredero que hace acto de aceptación del reconocimiento del hijo fallecido realiza una conducta jurídicamente relevante y que objetivamente permite desarrollar en terceros legítimas expectativas de la subsistencia de la determinación de la filiación. Sería contrario a la buena fe admitir que ese mismo heredero desarrolle una conducta incoherente con tal acto de aceptación como sería la pretensión de dejar sin efecto el reconocimiento mediante una repudiación.

Pero como la doctrina de los actos propios no supone la extinción del derecho, sino únicamente la inadmisibilidad de la pretensión, pensamos que en este caso, incluso aunque se sostenga la opinión de que el derecho de repudiar por los herederos es indivisible, la aceptación de uno de los varios coherederos no impediría la repudiación de los otros y sólo dejaría subsistente la de aquel que realizó el acto de aceptación previa.

pueden aceptar y otros repudiar. Para la nueva legislación, parece seguir la opinión de Somarriva (ya que lo cita), Abeliuk, R., ob. cit., p. 106.