



ISSN 1989-1970

Abril-2020

[www.ridrom.uclm.es](http://www.ridrom.uclm.es)

Full text article

<b>Fecha de recepción:</b> 24/09/2019	<b>Fecha de aceptación:</b> 12/10/2019
<b>Palabras clave:</b> Doctrina de los actos propios, Estoppel, buena fe, Ulpiano, emancipación.	<b>Keywords:</b> Doctrine of "one's own acts", Estoppel, Good faith, Ulpian, Emancipation.



## LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS Y EL DERECHO ROMANO: UNA PROPUESTA DE LECTURA DE D. 1,7,25 pr. (*Ulp. 5 opin.*)

## THE DOCTRINE OF "ONE'S OWN ACTS" AND ROMAN LAW: A PROPOSAL TO READ D. 1,7,25 pr. (*Ulp. 5 opin.*)

**Bernardo Perinián**

Catedrático de Derecho Romano  
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)  
[bpergom@upo.es](mailto:bpergom@upo.es)

(PERIÑÁN, Bernardo. La doctrina de los actos propios y el Derecho Romano: una propuesta de lectura de D. 1,7,25 pr. (*Ulp. 5 opin.*). RIDROM [on line]. 24-2020. ISSN 1989-1970. p. 1-40. <http://www.ridrom.uclm.es>)

### Resumen:

Entre las distintas hipótesis sobre el origen de la doctrina de los actos propios, muy extendida en el Derecho occidental a través de distintos medios, destaca su vinculación con el texto recogido en D. 1,7,25 pr. (*Ulp. 5 opin.*). Con la finalidad de arrojar luz sobre esta posible conexión, se lleva a cabo un análisis global y exhaustivo del citado pasaje.

### Abstract:

Among the different hypotheses about the origin of the doctrine of "one's own acts", very widespread in Western law through different means, It has to be underlined its connection with D. 1,7,25 pr. (*Ulp. 5 opin.*). In order to shed light on this possible connection, a global and comprehensive analysis of the passage is carried out.

**SUMARIO:** 1. El principio *Venire contra factum proprium non valet*: visión general. 2. Interpretación propuesta de D. 1,7,25 pr. (*Ulp. 5 opin.*). 3. Coda.

1. El brocardo "*venire contra factum proprium non valet*" condensa una extendida doctrina de frecuente aplicación judicial, que impide hacer valer un derecho -del que efectivamente se es titular- si la propia actividad, anterior o simultánea, contradice el contenido del mismo<sup>1</sup>. No puede pretenderse, dicho de otro modo, una cosa y la contraria, lo que expresa el rico refranero castellano de modos mucho más sencillos apelando al sentido común y, en el fondo, a una natural razón de equidad. No en vano quien "está en misa y repicando" o "al plato y a las tajadas", por acudir a algunas de las expresiones más frecuentes de lo que afirmamos, pretende obtener beneficio de dos actividades contrapuestas y hace gala de un evidente ventajismo. Es decir, "soplar y sorber no puede ser", como tampoco "tomar teta y sopa", versión castiza de nuestro aforismo que resume lo que

---

<sup>1</sup> Vide, sobre las diversas versiones de esta idea, J. MANS PUIGARNAU, *Los principios generales del Derecho: repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia* (Barcelona, Bosch, 1979) pp. 24 s. Por su parte, L. DÍEZ-PICAZO, *La doctrina de los propios actos: un estudio crítico sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 2.<sup>a</sup> ed. (Madrid, Civitas, 2014) p. 75, contabiliza aproximadamente unas 600 sentencias del Tribunal Supremo en las que se recoge este principio, desde 1864 hasta la fecha de la obra que citamos.

venimos afirmando de forma inequívoca y sustancial<sup>2</sup>. Los economistas, presentes en tantas cosas y también en ésta, hablan de “coste de oportunidad” para referirse al que debe asumir la persona que tiene más de una opción y ha de elegir la que más le interese, descartando definitivamente otras posibilidades de actuación<sup>3</sup>.

Ya en términos estrictamente jurídicos, cabría decir que el que analizamos es un principio general según el cual “a nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esa conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se

---

<sup>2</sup> Junto a estos ejemplos, L. MARTÍNEZ KLEISER, *Refranero general ideológico español*, reimpr. de la ed. Madrid 1953 (Madrid, Hernando, 1989) p. 667, recoge: “No puedo ser abad y balletero”, “Echar sopas y sorber, todo no puede ser”, “Soplar y sorber, todo no puede ser”, “No se puede haber a la par, sorber y soplar”, “No puede ser junto rezar por el difunto y chupar el unto”, “Sorber y silbar no puede ser a la par”, “Sorber y soplar tiene dificultad”, “Chupar y a la par sorber no puede ser”, “Teta y sopa no caben en la boca”, “Comer y beber, todo no puede ser”, “Cocido y asado, todo en un puchero, es pedir necio”, “El callar y el hablar no caben en un lugar”, “El callar y el hablar no pueden ser a la par”, “No puedo dormir y guardar las eras”, “Segar o gavillar y guardar la era, todo a un tiempo, no hay manera”, “No se puede repicar y andar en la procesión”, “Repicar y andar en la procesión, cosas incompatibles son”, “Urdir y tejer no puede a un tiempo ser”, “Flor y fruto, rara vez los verás juntos.”

<sup>3</sup> El término se debe a Friedrich von Wieser, destacado miembro de la Escuela Austríaca, y se recoge por vez primera en la obra, de 1914, *Theorie der gesellschaftlichen Wirtschaft*.

hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe”<sup>4</sup>.

De extendida vigencia en los sistemas jurídicos occidentales, esta doctrina es puntualizada por los Tribunales en cada entorno temporal y geográfico donde es o ha sido de aplicación. Por ejemplo, por acudir a lo más inmediato, debe subrayarse que la aplicación práctica de esta doctrina en Francia no ha alcanzado la misma extensión que en España, al circunscribirse al ámbito negocial y vincularse a la idea de coherencia contractual<sup>5</sup>. Mientras, en Alemania, es de resaltar la conexión entre esta doctrina y la “*Werwirkung*”, o ejercicio del derecho retrasadamente desleal, con conexiones relativamente recientes en la jurisprudencia española<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> L. ENNECCERUS, *Tratado de Derecho civil*, 1-2, 2.<sup>a</sup> ed. (Barcelona, Bosch, 1950) p. 495.

<sup>5</sup> Al respecto, vide M.J. LÓPEZ MESA, *La doctrina de los actos propios* cit. pp. 144 s.

<sup>6</sup> Sobre la plasmación de esta doctrina en el Derecho alemán, vide E. RIEZLER, “*Venire contra factum proprium*”. *Studien in römischen, englischen und deutschen Zivilrecht* (Leipzig, Duncker und Humblot, 1912) pp. 110 y ss. Sobre la *Verwirkung*, vide A. VAQUER ALOY, *El retraso desleal en el ejercicio de los derechos. La recepción de la doctrina de la “Verwirkung” en la jurisprudencia española*, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial* 2 (1999) pp. 89 ss.; L. DÍEZ-PICAZO, *La doctrina de los propios actos* cit. pp. 207 ss. Entre la jurisprudencia reciente, vide las Sentencias del Tribunal Supremo 163/2015, de 1 de abril, y 300/2012, de 15 de junio.

En el Derecho anglosajón, por no dejar de abordar el problema en la otra gran tradición jurídica occidental, la doctrina de los actos propios se materializa a través de medios muy distintos a los principios generales del Derecho, pero la aplicación del *estoppel by conduct* o *estoppel by fact in pais* tiene un efecto similar al que los jueces continentales dan al principio que nos ocupa<sup>7</sup>. No en vano, en el *common law* se entiende que la conducta o los actos desplegados por el titular de un derecho pueden impedir el ejercicio ordinario -pero inesperado- del mismo sobre la base de la confianza nacida en otra persona, que resultaría perjudicada injustamente por el derecho subjetivo de que se trate. De ahí que su titular quede *estopped* o *barred*, que es tanto como decir inhabilitado para ejercer ese concreto derecho frente a un individuo determinado. Un efecto parecido, por otras razones, provoca el *estoppel by record*, que tiene un efecto similar al de la cosa juzgada, y el *estoppel by deed*, en el que la paralización del derecho afectado proviene de una escritura o documento público. En cualquier caso, las tres modalidades de *estoppel* se basan en la confianza creada en otra persona sobre la base de la apariencia<sup>8</sup>.

En otras palabras y hablando en términos generales, en los sistemas de la tradición jurídica del *civil law* o del *common law*, si el

---

<sup>7</sup> J. PUIG BRUTAU, *Estudios de Derecho comparado: la doctrina de los actos propios* (Barcelona, Ariel, 1951) pp. 103 ss.

<sup>8</sup> Vide E. RIEZLER, "Venire contra factum proprium" cit. pp. 55 ss.; J. PUIG BRUTAU, *Estudios* cit. pp. 109 s.; L. DÍEZ-PICAZO, *La doctrina de los propios actos* cit. pp. 125 ss.

titular de un derecho da lugar con su conducta a la creación de una determinada apariencia que contradice su propia situación de poder, tiene que asumir las consecuencias que ese comportamiento ha provocado: la imposibilidad de ejercer el derecho de que se trate frente a las personas que hubieran confiado en la situación creada por su actuación<sup>9</sup>.

Tal y como comúnmente se entiende, una de las claves de este principio general está en la protección de la buena fe como fundamento del Derecho, piedra angular en las relaciones jurídicas<sup>10</sup>. Es más, Rogel Vide<sup>11</sup> entiende que, en Derecho español, esta doctrina

---

<sup>9</sup> La vigencia de esta doctrina en distintos Ordenamientos y Sistemas es una muestra de lo que Roca Sastre llama "Derecho institucional", que el autor resume del siguiente modo: "Bajo la idea básica de que el Derecho no se crea sino que se descubre, hay que sostener que en el mundo jurídico, al igual que en el orden físico, químico, etc., existe una serie completa de distintas figuras e instituciones que se ofrecen al Derecho positivo de cada pueblo, como posibles fórmulas de protección de los intereses humanos, entre las que el legislador o la costumbre elige las más aptas para incorporarlas a su ordenamiento positivo." R.M. ROCA SASTRE, *Prólogo a J. PUIG BRUTAU, Estudios cit.* pp. 13 s., y, anteriormente ID., *Crítica institucional del Código civil*, en *Revista Critica de Derecho Inmobiliario* 148 (1940) pp. 497-515.

<sup>10</sup> Según M.J. LÓPEZ MESA, *La doctrina de los actos propios. Doctrina y Jurisprudencia*, 3.<sup>a</sup> ed. (Montevideo-Buenos Aires, BdF, 2013) p. 134: "La doctrina de los actos propios es una derivación inmediata, necesaria y directa del principio de la buena fe."

<sup>11</sup> M.J. LÓPEZ MESA-C. ROGEL VIDE, *La doctrina de los actos propios. Doctrina y Jurisprudencia* (Madrid, Ed. Reus, 2005) p. 231.

de los actos propios descansa precisamente en el artículo 7.º 1. del Código Civil: “Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.” Es decir, el citado autor entiende que el anclaje en nuestro Ordenamiento de la *regula iuris* a la que nos referimos no requiere de la invocación de principio general alguno, o de la extensa jurisprudencia que la aplica, sino que se consigna implícitamente en la propia norma legal o fuente primaria de nuestro Derecho. Sin que quepa por nuestra parte más que un mínimo apunte sobre este particular, puede convenirse con lo dicho por Rogel Vide en los casos en que la actuación contra los propios actos se deba a una desviación de la buena fe, pero en el resto de los casos la doctrina de los actos propios se aplicaría como principio general del Derecho reforzado por su amplio eco jurisprudencial. Piénsese que no se trata, por sí, de sancionar la mala fe en el ejercicio de los derechos subjetivos, sino de proteger la confianza en el no ejercicio de los mismos que nace -justificada y objetivamente- en los sujetos pasivos de estos derechos a partir de la actuación de sus titulares<sup>12</sup>.

La regla que venimos tratando, en cualquier caso, se concreta en una limitación para todo titular de un derecho subjetivo: la que deriva de la creación de una expectativa justificada y legítima en otras personas, a través de un comportamiento propio de signo contrario

---

<sup>12</sup> Como expone, con meridiana claridad, F. WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, 2.ª ed., trad. esp. de J.L. Carro (Madrid, Civitas, 1986) p. 62: “El principio del *venire* es una aplicación del principio de la “confianza en el tráfico jurídico” y no una específica prohibición de la mala fe y de la mentira.

al derecho que se ostenta y pretende ejercerse. Nacida esa confianza, hacer valer ese derecho de forma sorpresiva -incluso sin mala fe- puede causar un perjuicio injustificado a quien ya no espera esa reclamación<sup>13</sup>. Dicho de otra manera, sobre la base genérica del respeto a las expectativas objetivamente creadas a partir de la actuación del titular de un derecho, se deja de amparar a quien sorprende a otros con una conducta paradójica, aunque el derecho que pretenda ejercerse exista efectivamente. También el abuso de derecho o directamente la proscripción del dolo son habitualmente invocados como apoyos de esta doctrina, sobre lo que volveremos brevemente. Sobre el abuso del derecho, al tratar la taxonomía de esta doctrina y su relación con la regla de los actos propios, Carrasco Perera realiza una comparación entre una y otra, por lo que toca a su implantación jurisprudencial en nuestro país. Para el citado autor, el resultado es favorable a la segunda, hasta el punto de afirmar: “la jurisprudencia emplea aquella regla de manera exorbitante, y sobre su base y racionalidad se construyó en España la teoría del negocio jurídico”<sup>14</sup>. Una plausible hipótesis sobre las razones del éxito de la

---

<sup>13</sup> Ya a mediados del siglo pasado, se dedicó atención a esta cuestión, tanto desde la perspectiva comparada, como desde el punto de vista jurisprudencial. Al respecto, vide L. DÍEZ-PICAZO, *La doctrina de los propios actos: un estudio crítico sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo* (Barcelona, Bosch, 1963), obra esta última puesta al día en una segunda edición que ya hemos citado (Madrid, Civitas, 2014), que ha de considerarse la principal aportación de la doctrina civilista española en la materia.

regla *venire contra factum proprium venire non potest* en España la vincula al tiempo de la precodificación civil, en la que aún no se ha desarrollado una teoría uniforme sobre los negocios jurídicos y esta doctrina viene a cubrir un enorme hueco ante la necesidad de fundamentar las resoluciones. De ahí en adelante se extendería su aplicación y su “popularidad” como argumento transversal<sup>15</sup>.

Por lo que más interesa, también es frecuente aludir al origen romano de la regla *venire contra factum proprium non valet*, más o menos evidente o expreso según la interpretación que se haga de los textos, a uno de los más frecuentemente citados en este sentido aludiremos en este estudio<sup>16</sup>. Como primera providencia, puede dudarse de que el brocardo sea efectivamente romano, pues es

---

<sup>14</sup> Á. CARRASCO PERERA, *Tratado del abuso del derecho y del fraude de ley* (Cizur Menor, Aranzadi, 2016) p. 101. También se aporta en el mismo lugar el dato siguiente: “[...] puede asegurarse sin exceso que más de la mitad de las resoluciones judiciales producidas en cualquier contexto jurídico sobre la base de aplicar el artículo 7 C.c. tienen por objeto u ocasión la doctrina de los propios actos.”

<sup>15</sup> ID., *Ibid.* pp. 457 ss.

<sup>16</sup> Así L. DÍEZ-PICAZO, *La doctrina de los propios actos* cit. p. 90, afirma: “[...] la regla que estudiamos tiene en el Derecho romano sus últimas y más profundas raíces, esto es, que aunque haya sido formulada en el Derecho intermedio, esta formulación se produce como generalización de una serie de soluciones y decisiones romanas, que, al mismo tiempo, sirven de fundamento y de justificación a la doctrina elaborada por la Glosa.”

natural cierto escepticismo al respecto por parte de quienes conocemos el método casuístico de los juristas romanos y su aversión a las formulaciones generalizadoras, pero también de que esta doctrina pueda hallarse reflejada como tal y carácter general en las fuentes clásicas<sup>17</sup>. Obligados como estamos por el deber de no atribuir directamente al Derecho romano todo aquello que pueda parecerlo, en aras de la credibilidad de nuestras fuentes, en las líneas que siguen trataremos de arrojar algo de luz sobre el asunto planteado o, al menos, de crear dudas razonables, una vez que terminemos de describir someramente este importante criterio decisorio judicial en no pocos ámbitos del Derecho vigente, privado y público<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Las primeras investigaciones modernas sobre las raíces romanas de este principio se deben a E. RIEZLER, "Venire contra factum proprium cit.", la obra ha sido reimpressa por la misma editorial en 2013. Este autor no es partidario de reconocer la existencia de una regla general sobre la vinculación de la persona a sus propios actos en Derecho romano. Entre las reacciones más notables a esta monografía, véanse las recensiones de la misma a cargo de P. KOSCHAKER, en *ZSS.* 33-1 (1912) pp. 548 ss. y H. TITZE, en *ZHR.* 77 (1915) pp. 233 ss.

<sup>18</sup> En su vertiente jurídico-pública, deben tenerse presente los trabajos de L. LÓPEZ RODÓ, *Presupuestos subjetivos para la aplicación del principio que prohíbe ir contra los propios actos* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1952); E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1956). En tiempos más recientes, el tema ha vuelto a ser de actualidad, como destacan las aportaciones de H.A. MAIRAL, *La doctrina de los propios actos y la administración pública* (Buenos Aires, Depalma, 1988); A. BORDA, *La teoría de los actos propios*, 2.<sup>a</sup> ed. ampl. y act. (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993); M.N. TUR FERNÁNDEZ,

Ahondando en el ánimo del titular del derecho que se pretende ejercer, debe subrayarse que el acto sorpresivo que provoca el perjuicio en la persona que se ha creado, fundadamente, una determinada expectativa no tiene que ser necesariamente doloso o estar orientado a tender una trampa al sujeto pasivo del derecho de que se trate. Puede tratarse, simplemente, de una conducta fruto de la desatención a los propios derechos, no forzosamente orientada de modo consciente a producir deliberadamente ese perjuicio. Sí debe ser posible imputar esa manera de proceder al titular del derecho y no a circunstancias ajenas al mismo y a su consciencia, como pudieran ser la ausencia, la enfermedad o la ignorancia no atribuible al sujeto activo acerca de la efectiva titularidad de un derecho<sup>19</sup>. Por consiguiente, en beneficio de la seguridad jurídica y más allá de si hay

---

*La prohibición de ir contra los actos propios y el retraso desleal* (Cizur Menor, Aranzadi, 2011); M.J. LÓPEZ MESA, *La doctrina de los actos propios* cit., la edición anterior de esta obra (Madrid, Ed. Reus, 2005) fue realizada en coautoría con Carlos Rogel Vide, quien es responsable de una segunda parte del libro (pp. 205-232) dedicada al estudio de reciente jurisprudencia española sobre la citada regla; C.I. JARAMILLO JARAMILLO, *La doctrina de los actos propios: significado y proyección de la regla venire contra factum proprium en el ámbito contractual* (Madrid, La Ley, 2014). Un repaso bibliográfico más exhaustivo, con especial referencia a las publicaciones de la doctrina iberoamericana, puede verse en L. DÍEZ-PICAZO, *La doctrina de los propios actos* cit. pp. 71 ss.

<sup>19</sup> En palabras de M.J. LÓPEZ MESA, *La doctrina de los actos propios* cit. p. 138: “La doctrina de los actos propios no es un puro materialismo, una física de las acciones humanas, sino un continente más donde rige el principio de imputación, que es consustancial al buen derecho.”

o no dolo, se exige al titular de cualquier derecho subjetivo una conducta consecuenta, como premisa para hacer valer las facultades que de él se derivan. Ello descansa en la idea de que permitir una actitud equívoca o contradictoria supondría brindar a quien ostenta un derecho subjetivo del tipo que sea una posición despótica y arbitraria frente a las personas concernidas por ese ejercicio, en principio legítimo y más tarde cuestionable por el perjuicio excesivo que se ocasiona tras un proceder errático o directamente contrapuesto al de cualquiera que ostentase ese mismo derecho y actuase rectamente como tal. No se trata, en consecuencia, de evitar el quebranto justificado que el ejercicio de todo derecho implica para otros, sino de negar una posición tiránica a su titular considerando irrelevante su actuación paradójica. En este sentido, puede afirmarse que a través la doctrina de los actos propios se impone a quien ostenta un derecho subjetivo que obre de una manera uniforme y previsible, no de un modo cualquiera, es decir, que se comporte de modo diligente y responsable, sin amparar actitudes caprichosas o convenidas y sin crear dudas razonables que den lugar a situaciones confusas derivadas de su propio proceder.

Para delimitar la doctrina de referencia, también ha de recalcarse que distinto de ese comportamiento errático es un simple cambio de opinión ocasional, fruto de la propia libertad personal, que no llegue a abrir la puerta de una confianza razonable y objetivamente comprensible, contraria al ejercicio efectivo del derecho de que se trate. En el otro extremo estaría la renuncia expresa al derecho subjetivo, el cual pretende invocarse tras haberse perdido por voluntad de su propio titular. Ello representaría el acto contrario

por excelencia, que da lugar -indubitadamente- a la extinción del referido derecho y de las facultades de que él se derivan. No en vano, la renuncia expresa a un derecho va más allá de la doctrina de los actos propios, porque el derecho en cuestión se habría extinguido a resultas de ello, lo que es de especial interés en atención a la interpretación que se expondrá a continuación de uno de los textos jurisprudenciales romanos en los que se hace reposar -con frecuencia- la regla que estudiamos. Si tenemos que fijar dos comportamientos que tomar como referencia a la hora de situar una conducta contradictoria relevante a estos efectos, en un extremo estarían los simples cambios de opinión o las dudas de oportunidad a las que se hacía referencia más arriba y en el otro estaría la renuncia expresa de un derecho. Entre ambas maneras de proceder hay que situar el amplio abanico de conductas que sirven de presupuesto a la aplicación de esta doctrina<sup>20</sup>.

Más dudas crea la renuncia tácita al propio derecho, que deja terreno a la interpretación de si hay efectivamente voluntariedad en quien puede perder la facultad de ejercer un derecho, sin haber realizado declaración alguna en tal sentido. Visto el problema desde la perspectiva de quien se crea una expectativa determinada, aunque conozca o pueda conocer la existencia del derecho que le obliga, entiende que no se van a ejercer las facultades derivadas del mismo

---

<sup>20</sup> Sobre los presupuestos de aplicación de la referida doctrina, vide, principalmente y por lo que a nuestro Derecho se refiere, L. DÍEZ-PICAZO, *La doctrina de los propios actos* cit. pp. 257 ss.

como consecuencia del comportamiento de su titular<sup>21</sup>. En suma: más allá de la sanción a quien no actúa de manera coherente o esperable siendo titular de un derecho subjetivo, la doctrina de los actos propios y su equivalente en Derecho anglosajón “significa realmente un poderoso instrumento para aumentar el sentido de solidaridad y para dar cohesión al grupo social, pues cada miembro ve reflejado en sus propios intereses el perjuicio que su conducta podía haber inferido a los demás.”<sup>22</sup>

Como es sabido, hoy se fija jurisprudencialmente un canon característico para la aplicación de la llamada doctrina de los actos propios, identificable como principio general del Derecho o norma abierta, a saber: los actos en contradicción han de ser inequívocos, incompatibles y realizados con plena conciencia por el titular de un derecho subjetivo que pretende ejercerse, de modo que se hubiera creado una expectativa razonable y legítima -es decir, conforme al Ordenamiento jurídico- en todos o en parte de los que pueden verse afectados por el derecho en cuestión; dicha esperanza quedaría frustrada de permitirse el ejercicio del derecho de que se trate, provocando así un menoscabo valorable económicamente<sup>23</sup>. De ahí

---

<sup>21</sup> J. PUIG BRUTAU, *Estudios* cit. pp. 101 ss.; M.J. LÓPEZ MESA-C. ROGEL VIDE, *La doctrina de los actos propios* cit. p. 219.

<sup>22</sup> J. PUIG BRUTAU, *Estudios* cit. p. 115.

<sup>23</sup> L. DÍEZ-PICAZO, *La doctrina de los propios actos* cit. pp. 257 ss.; M.J. LÓPEZ MESA-C. ROGEL VIDE, *La doctrina de los actos propios* cit. pp. 219 ss. Entre la más

que, para quien actúa de este modo, se desvanezca la posibilidad de reclamación con éxito, aunque mantenga la legitimación activa respecto al ejercicio de la acción correspondiente. Visto desde la perspectiva procesal, no se cuestiona la legitimación pasiva inicial de quien se vio afectado por un comportamiento contradictorio como el que acabamos de describir, pero la regla a la que nos referimos se materializa en una *exceptio* o en una *replicatio*, que afectarían al fondo del asunto, ésta última empleable en el caso de que sea el demandado quien haga valer una pretensión a su favor que contradiga abiertamente su proceder previo<sup>24</sup>.

Ha de aclararse, aunque la nuestra sea una exposición somera o quizá por ello, que modificar el propio comportamiento cuando así lo permite la norma, por ejemplo, cuando posibilita ampliar una demanda, retractarse de una oferta o modificar un testamento, no es presupuesto suficiente para la aplicación de la doctrina de los actos propios, precisamente porque estas posibles modificaciones integran la esencia misma de los referidos actos jurídicos.

Para terminar con esta mínima exposición, nos limitaremos a subrayar que el papel en nuestro Derecho de estos principios generales o normas abiertas es, como sabemos, residual. Es decir, sirven para cerrar el sistema ante situaciones no previstas expresamente por la ley<sup>25</sup>. Su vigencia viene a suponer el

---

reciente jurisprudencia, puede verse las Sentencias del Tribunal Supremo 451/2019, de 18 de julio; 530/2016, de 3 de septiembre, y 301/2016, de 5 de mayo.

<sup>24</sup> L. Díez-Picazo, *La doctrina de los propios actos* cit. pp. 302 ss.

reconocimiento implícito de la insuficiencia de las normas cerradas para atender la riqueza que implica la realidad social, también en cuanto a la posibilidad de quiebra de la buena fe o la simple confianza en situaciones consolidadas en la práctica. Por otra parte, la concreción de la norma abierta en un solo brocardo no es tal, aunque *venire contra factum proprium non valet* pueda considerarse la formulación más extendida<sup>26</sup>. En los casos más evidentes, podría hablarse del empleo torticero de las propias facultades jurídicas, dando lugar a una sanción que supone la falta de éxito de su reclamación: el que actúa oculto en el campo jurídico, embozado tras un comportamiento continuo que da lugar a una determinada

---

<sup>25</sup> Entre la enorme bibliografía sobre el particular, hacemos mención al valioso repaso que sobre el particular hace A.E. PÉREZ LUÑO, *La peculiaridad normativa de los principios generales del Derecho*, en *Persona y Derecho* 42 (2000) pp. 131 ss. A lo largo de esas páginas, el a. aborda los problemas fundamentales de esta controvertida fuente del Derecho, entre otros, su distinción de los valores jurídicos, el carácter mítico de los principios -por inasibles- o la influencia que sobre su extensión tuvo la obra de Ronald Dworkin. En una lectura positiva de los mismos, considera (Ibid. p, 156) que, en la medida en que se puedan individualizar y concretar, con los principios generales del Derecho "se evitan los riesgos e incertidumbres que comporta siempre el reconocimiento del arbitrio judicial, de la función normativa de la doctrina científica o de la apelación a las distintas versiones del Derecho natural."

<sup>26</sup> Así J. MANS, *Los principios generales* cit. p. 25, identifica otros brocardos relacionados con éste: *Nemo potest mutare consilium suum in alterius iniuriam*, *Quod semel placuit amplius displicere non potest*, *Patere legem quam ipse fecisti*, *Non est tolerabilis ignorantia in factum proprium*, o *Nemo licet adversus sua facta venire*.

expectativa legítima no puede ver prosperar un derecho que no se ha ejercido lealmente, y menos si pretende valerse de una emboscada para debilitar la posición del sujeto pasivo de su derecho o aumentar su perjuicio por este medio. En tanto no se ampara jurídicamente el oportunismo, coherencia, consecuencia y lealtad son exigencias para el titular de cualquier derecho subjetivo, lo que puede situarse en la necesidad de respetar las exigencias de la buena fe en el ejercicio de los derechos.

2. Hasta aquí un mínimo repaso a nuestro punto de partida, para afrontar a continuación el verdadero objeto de nuestro interés, puramente romanístico. La cuestión es la siguiente: para la civilística de referencia más extendida<sup>27</sup>, el origen de esta doctrina de los actos propios se sitúa en un texto del jurista Domicio Ulpiano quien, en sus *libri Opinionum*, da cuenta de un caso que analizaremos seguidamente. Este pasaje ha sido visto como ejemplo de la comentada contradicción entre comportamientos de un mismo sujeto, pero ¿es efectivamente así?, ¿puede considerarse que la doctrina de los actos propios tiene su primer antecedente en este texto

---

<sup>27</sup> Así, por ejemplo, L. DÍEZ-PICAZO, *La doctrina de los propios actos* cit. pp. 90 ss.; H. CORRAL TALCIANI, *La raíz histórica del adagio "venire contra factum proprium non valet"*, en ID. (ed.), *Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios* (Santiago de Chile, Universidad de los Andes, 2010) p. 20.

ulpiano, a luz de los criterios interpretativos que proporciona la moderna romanística?

El fragmento en cuestión, recogido en el Digesto de Justiniano, es el que sigue:

*D. 1,7,25 pr. (Ulp. 5 opin.) Post mortem filiae suae, quae ut materfamilias quasi iure emancipata vixerat, et testamento scriptis heredibus decessit, adversus factum suum, quasi non iure eam nec praesentibus testibus emancipasset, pater movere controversiam prohibetur.*

Para la más correcta interpretación de este pasaje jurisprudencial -como de cualquier otro testimonio de las fuentes- conviene realizar un análisis global, es decir, no sólo en su literalidad, sino también en su contexto, y dentro de éste en su sede compilatoria y en la pretendidamente originaria, según su reconstrucción palingenésica y la naturaleza de la obra que recoge el pasaje. También ha de valorarse su coherencia interna desde un punto de vista jurídico, para optar por la solución más lógica y congruente, ya que se trata de un texto técnico. Sólo esa visión de conjunto que tiende a ver el fragmento de la forma más completa posible -empleando argumentos de diverso origen y dejando atrás la simple literalidad- permite emplearlo como fundamento sólido de conclusiones ulteriores, consecuentes con su más ajustada interpretación. Por el contrario, un análisis limitado o parcial, desprovisto de todas las posibilidades interpretativas a nuestro alcance, ofrecería un resultado más discutible, menos consistente que el que se pretende ofrecer.

Corresponde pues, para empezar, hacer una lectura textual del pasaje jurisprudencial en cuestión, cuya información puede y debe ser contextualizada. Primero, en el ámbito del Digesto justiniano y, después, en de la Palingenesia de Lenel, aunque ésta no sea propiamente una fuente sino un ensayo doctrinal de reconstrucción de la sede originaria del texto y pueda y deba cuestionarse, llegado el caso, con argumentos suficientes en la mano.

Si atendemos a su interpretación más o menos literal, el fragmento de referencia describe una situación inmediatamente posterior al fallecimiento de una hija de familia, *Post mortem filiae suae*, que había vivido casi como una madre de familia, *quae ut materfamilias quasi [...] vixerat*, tras haber sido emancipada válidamente, *iure emancipata*, y que murió habiendo instituido herederos por escrito en su testamento, *et testamento scriptis heredibus decessit*. Referida la situación de partida, el jurista afirma que se prohíbe al padre de familia plantear controversia alguna contra su propio acto: *adversus factum suum [...] pater movere controversiam prohibetur*, como si no hubiera emancipado a su hija conforme a Derecho y en presencia de testigos, *quasi non iure eam nec praesentibus testibus emancipasset*.

Ésta sería nuestra propuesta inicial para la interpretación textual del pasaje, donde la clave está -lo adelantamos desde ya- en la asociación de primer *quasi* con el pluscuamperfecto de indicativo *vixerat*, una de las cuestiones cruciales desde el punto de vista gramatical en este texto<sup>28</sup>. La alternativa a esta lectura sería asociar la

---

<sup>28</sup> Sobre los usos del abverbio *quasi* en las fuentes jurídicas, vide G. WESENER, *Zur Denkform des Quasi in der römischen Jurisprudenz*, en *Studi in memoria di*

conjunción *quasi* con el ablativo absoluto *iure emancipata*, lo que llevaría a entender que el negocio emancipatorio no fue completado o perfeccionado, por no haberse realizado -si atendemos a los requisitos enunciados en la segunda parte del pasaje- conforme a derecho y sin testigos presentes<sup>29</sup>. Esta última interpretación a la que ahora hacemos referencia, y que no compartimos, es la que toma la parte de la civilística que, de la mano de la Glosa<sup>30</sup>, convierte a

---

Guido Donatuti 3 (Mailand 1973) pp. 1387-1414; W. KERBER, *Die Quasiinstitute als Methode der römischen Rechtsfindung* (Würzburg 1970).

<sup>29</sup> Esta interpretación es propia de los pandectistas, como R.J. POTHIER, *Pandectes de Justinien mises dans un nouvel ordre* II (Paris 1819) p. 371, y la recoge también, por ejemplo, I. GARCÍA DE CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. vol. 1 (Barcelona 1889, reimpr. Valladolid 1988) p. 222: “Después de la muerte de su hija, que cual madre de familia había vivido como emancipada en derecho, y falleció con herederos instituidos en su testamento, se prohíbe que el padre promueva controversia contra su propio hecho, como si no la hubiese emancipado según derecho, ni en presencia de testigos.” En cambio, la traducción española del Digesto que mayor popularidad tiene en nuestros días, debida a Á. D’ORS-F. HERNÁNDEZ TEJERO-P. FUENTESECA-M.J. GARCÍA GARRIDO-J. BURILLO, *El Digesto de Justiniano I* (Pamplona, Aranzadi, 1968) p. 67, recoge esta otra versión, mucho más cercana a la nuestra: “Después de la muerte de su hija que había vivido como madre de familia válidamente emancipada, y falleció dejando herederos instituidos en su testamento, se prohíbe que el padre mueva controversia contra su propio acto, como si no la hubiese emancipado válidamente y en presencia de testigos.”

<sup>30</sup> L. DÍEZ-PICAZO, *La doctrina de los propios actos* cit. pp. 111 ss., considera a Azón el autor del brocardo *venire contra factum proprium nulli conceditur* y el primero que desarrolla una doctrina de los actos propios, que tendrá su eco en *Accursio*

Ulpiano en padre de la doctrina de los actos propios y a este texto en prueba de ello. En consecuencia, a raíz de esta extendida lectura, Díez-Picazo<sup>31</sup> entiende que la hija había vivido como *materfamilias* después de una emancipación defectuosa o puramente fáctica pero consentida por su *pater*, de manera que “es inadmisibile que el padre trate de alegar que no ha existido una emancipación jurídicamente eficaz”, atribuyendo al jurista severiano un razonamiento basado supuestamente en la equidad y dando por hecho que el término *materfamilias* es el equivalente femenino de *paterfamilias* o *sui iuris*,

---

y en el canonista Pedro de Blois. Esta doctrina llegaría también a manos de los comentaristas Bartolo y Baldo, desde donde influiría en la práctica a través de obras como la de Gil de Castejón, Álvarez de Velasco, Cardoso do Amaral, Barbosa, Ribadeneyra o Rodríguez de Fonseca. En el ámbito de iusnaturalismo, la doctrina sería más tarde acogida por autores como Puffendorff o Lauterbach, a modo de principio, hasta llegar a la primera obra monográfica sobre el particular, compuesta por Schacher a finales del s. XVIII. Sobre el particular viaje de esta doctrina en el Derecho intermedio, vide también E. RIEZLER, “Venire contra factum proprium” cit. pp. 40 ss.

<sup>31</sup> ID., *La doctrina de los propios actos* cit. p. 90. También, H. CORRAL TALCIANI, *La raíz histórica* cit. p. 20, afirma: "Se atribuye a Ulpiano la solución de un caso que da cuenta de la teoría de los actos propios por primera vez: en un texto conservado en Digesto (1.7.25 pr.) [...]. Aunque el texto no lo dice en forma expresa, parece obvio que el fundamento de la opinión de Ulpiano es la contradicción que se revela entre el actuar primero del padre y su segunda conducta: “*adversus factum suum*”: contra su propio acto, dice el texto. Desgraciadamente, entendemos, estas afirmaciones no vienen acompañadas de un análisis textual del texto al que poder referirse para exponer el propio punto de vista.

cuando en realidad es una locución con un sentido más sociológico que jurídico, como veremos más adelante.

Tampoco podemos compartir la visión del eminente civilista sobre la emancipación en la antigua Roma como medida para evitar la venta de los hijos, pues con el formalismo de la triple enajenación de los hijos -para las hijas bastaba una sola venta en tiempos de Ulpiano<sup>32</sup>- se trataba más bien de responder a una necesidad del padre desde la *interpretatio* pontifical, aprovechando precisamente el viejo *ius vendendi* paterno<sup>33</sup>, aunque esta facultad se considera en desuso en la época clásica, cuestión que dejamos al margen en estos momentos<sup>34</sup>. Si no hay emancipación, por otra parte, ¿sobre qué

---

<sup>32</sup> Gai. 1,132. B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* (Palermo, Università, 1979) pp. 245 s., da cuenta de la evolución de la emancipación, que consistiría en una declaración de voluntad del padre en sede oficial y ante siete testigos, lo que el autor sitúa en época postclásica tardía y le lleva a considerar que D. 1,7,25 pr. estaría interpolado al reflejar ese modelo de *emancipatio*. Sobre la evolución formal de la emancipación, con referencia a la reforma justiniana, vide IJ. 1,12,6.

<sup>33</sup> Baste apuntar, simplemente, lo que afirma Á. d'ORS, *Derecho Privado Romano* 7.<sup>a</sup> ed., revisada (Pamplona, EUNSA, 1989) § 221, n. 2: "Se aprovechó el precepto decenviral (4,2) que privaba de la potestad al padre que vendía por tercera vez a su hijo: *si pater filium ter venum duuit (= ter vendiderit), filius a patre liber esto*".

<sup>34</sup> P. VOCI, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, en IVRA. 31 (1980) pp. 79 s., entiende que éste es un supuesto de compraventa nula (D. 40,12,37, *Call. 2 quaest.*), aunque se siguiera practicando en las provincias por madres y madres,

patrimonio va la hija a disponer válidamente por testamento? Téngase presente, además, que el texto no dice en ningún momento que la pretensión del padre de plantear controversia sea “injusta”, como parece intuir nuestro admirado civilista, sino que se prohíbe plantear dicha reclamación, nada más. Dicha prohibición, para nosotros, no tiene su razón de ser en razones no expresadas de justicia o equidad, sino en que la referida emancipación se hizo conforme a derecho y no es revocable<sup>35</sup>. Como el mismo Díez-Picazo expone muy acertadamente, no se concibe en Derecho romano la emancipación tácita<sup>36</sup>. Por ello entendemos que la naturaleza de la emancipación, como acto que no admite marcha atrás, es el fundamento técnico-

---

y Caracalla lo censurase gravemente al calificar la venta de los hijos como *res illicita et inhonesta* (CI. 7,16,1 sd.).

<sup>35</sup> Es el mismo Ulpiano quien se encarga de subrayar esta naturaleza, aunque nada impide que fuese adoptado con posterioridad, como puede verse en D. 1,7,12 (Ulp. 12 *ad Sab.*): *Qui liberatus est patria potestate, is postea in potestatem honeste reverti non potest, nisi adoptione*. De darse esa adopción, se trataría en realidad de una arrogación al tratarse de *sui iuris*, D. 1,7,1,1 (Mod. 2 *reg.*) y sería necesaria su voluntad, D. 1,7,5 (Cel. 28 *dig.*): *In adoptionibus eorum duntaxat, qui suae potestatis sunt, voluntas exploratur* [...]. La idea es recogida por Modestino, y empleada después a modo de máxima, D. 1,6,11 (Mod. 1 *pand.*): *Inviti filii naturales vel emancipati non rediguntur in patria potestate*.

<sup>36</sup> L. DÍEZ-PICAZO, *La doctrina de los propios actos* cit. p. 92: “[...], la idea de la emancipación tácita no tiene, como está demostrado, genuino carácter romano, [...]”

jurídico de la afirmación ulpiana, más allá de razones de carácter sustancial sobre la idea de justicia o equidad.

Admitimos, lógicamente, la discusión interpretativa, pero ofreceremos seguidamente las razones que nos mueven a optar por la primera lectura y no por la segunda, lo que -como vemos- cambia absolutamente el sentido del pasaje y su posible relación con la llamada doctrina de los actos propios, al tiempo que explica y justifica que se haya venido asociando este texto de Ulpiano con el referido principio general. Como vemos, en el trasfondo argumentativo del fragmento ulpiano parece vislumbrarse el problema que pudo llevar al padre a plantearse la posibilidad de atacar procesalmente la emancipación de su hija, ahora fallecida: ésta hizo su propio testamento e instituyó sus propios herederos, lo que seguramente no fue del agrado paterno. Téngase presente que si Ulpiano ofrece esa información en un texto técnico es porque resulta relevante para el caso planteado. De no haber muerto la hija o no haber nombrado ésta herederos testamentarios, el padre no se habría planteado *movere controversiam adversus factum suum*, es decir, plantear reclamación alguna sobre la emancipación que él mismo realizó. Es más, los bienes de la hija habrían ido a parar a su padre de no tener ella misma hijos, lo que podemos suponer, pues, aunque la agnación se había roto con la emancipación, se habría abierto la posibilidad para el padre de acceder a la sucesión de la hija haciendo valer la inmediatez de la relación de parentesco cognaticio entre ambos<sup>37</sup>.

Pero la situación es muy otra: la hija de familia del caso descrito por Ulpiano no lo es ya, al haber sido emancipada. Además, la nueva *sui iuris* aprovechó su condición para hacer testamento e instituir a sus propios herederos, ahora llamados a la sucesión<sup>38</sup>. Si el padre hubiera podido deshacer la emancipación, el testamento de su hija devendría nulo (*irritum*) por falta de *testamentifactio* activa de la disponente y quedarían sin efecto las instituciones hereditarias que contiene<sup>39</sup>. Obviamente, de haberse podido revocar esa *emancipatio*, los bienes que la hija pudiera haber reunido corresponderían a su padre, quien dispondría de ellos como y cuando le resultase más conveniente. En la situación descrita, sin embargo, esos activos patrimoniales de la hija fallecida acabarán en poder de los herederos

---

<sup>37</sup> Sobre el llamamiento *unde cognati*, tercero en la *bonorum possession sine tabulis*, vide D. 38,8.

<sup>38</sup> La mujer *sui iuris* podía hacer testamento, si bien necesitaba el consenso de su tutor para la validez del mismo, Como afirma, A.D. MANFREDINI, *La volontà oltre la morte. Profili di Diritto ereditario romano* (Torino, Giappichelli, 1991) p. 39, "Il venir meno della tutela muliebre rimosse ogni ostacolo alla piena capacità di testare", lo que hay que suponer aplicable a tiempos de Ulpiano si atendemos al juicio negativo que la *tutela mulierum* merece para Gayo (Gai. 1, 190).

<sup>39</sup> Gai. 2,145-147. El testamento írrito, como es sabido, es nulo de pleno derecho, sin que pueda derivarse consecuencia alguna para los herederos en él instituidos, pues, aunque se trate de un testamento escrito -como en nuestro caso- que cumpla las exigencias de la firma de siete testigos, no puede aquéllos pedir la *bonorum possessio* ante el pretor.

de ésta, nombrados por ella misma, de manera que habrán salido con toda probabilidad del control efectivo del *paterfamilias*. Éste, según afirma el jurista, ve cercenada la posibilidad de *movere controversiam adversus factum suum*, es decir, según el jurista severiano, no puede cuestionar la emancipación como si no hubiese existido o hubiese sido defectuosa por falta de testigos.

Desde la interpretación que venimos defendiendo del pasaje ulpiano de referencia, ¿es posible tenerlo por antecedente de la “doctrina de los actos propios”? Tal y como ha quedado expuesto con anterioridad, la citada doctrina en su versión moderna y desde su elaboración por la glosa, opone comportamientos y derechos, de manera que éstos no llegan a ejercerse por resultar inconsecuentes con los primeros. Sin embargo, el texto en cuestión opone dos derechos, eso sí, de signo contrario: el de emancipar a los hijos y el de reclamarlos como propios, de manera que ejercer el primero, que supone la renuncia a la patria potestad, impide ejercer el segundo, que implica actuar como el *paterfamilias* que ya no se es.

A mi modo de ver, el texto de Ulpiano tiene una finalidad muy distinta a la de elevar a la categoría de máxima de interpretación el sintagma *adversus factum suum pater movere controversiam prohibetur*. Muy al contrario, el propósito del texto es reforzar el carácter permanente de la emancipación de la hija, su no revocabilidad. Se subraya así la permanencia de los efectos de este negocio, aunque el padre pudiera arrepentirse de haber llevado a cabo la liberación de la hija, también en el caso de que estuviera en desacuerdo con el uso que hace la *filia* de las facultades que tiene como persona independiente, incluyendo el ejercicio de la *testamentifactio* activa. Desde luego,

puede inferirse del pasaje de Ulpiano que la *emancipatio* es un acto potestativo del padre, pero también que tiene efectos definitivos desde que se verifica conforme a los requisitos exigidos jurídicamente. Si el contenido del testamento de la hija no es del agrado del padre, cabría añadir, la vía para evitar sus efectos no es atacar el acto emancipatorio jurídicamente perfecto, sino impugnar el testamento si hubiera razones para ello<sup>40</sup>.

Pero tratemos de hacer más consistente nuestra interpretación, acudiendo en primer lugar al contexto en que se encuadra el pasaje que analizamos. Entre el texto de Ulpiano y el Digesto justiniano median en torno a trescientos años o quizá menos. Téngase presente que la obra en la que se recoge el texto que analizamos no está entre las que pueden considerarse genuinamente ulpianeas, para una parte de la doctrina, sino que habría sido compuesta por un editor distinto del propio autor de los textos<sup>41</sup>. Con todo, su composición puede

---

<sup>40</sup> Acerca de la protección que se brinda a los cognados a través de la *querella inofficiosi testamenti* y la *bonorum possessio contra tabulas*, vide J.M.<sup>a</sup> RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada en Derecho romano. Querella inofficiosi testamenti: fundamentos y régimen clásico* (Granada, Comares, 1998) p. 207.

<sup>41</sup> Vide T. HONORÉ, *Ulpian* (Oxford, Clarendon, 1982) pp. 120 ss. El citado autor no cree que los textos contenidos en los *libri opinionum* atribuidos a Ulpiano sean efectivamente suyos, sino que se le atribuyen para facilitar su admisibilidad ante los tribunales.

situarse a finales del siglo III d.C.<sup>42</sup>. Para Honoré, que sigue a Santalucia en este punto, esta obra -compuesta por seis libros y cuyo título es único en la producción literaria de la jurisprudencia romana- pudo tener como finalidad la instrucción de los gobernadores provinciales, a modo de conjunto de indicaciones para el desarrollo de sus tareas<sup>43</sup>. Ello favorece la interpretación que defendemos acerca del texto en cuestión, pues contiene una idea simple y clara, casi una instrucción a los funcionarios por parte de un jurista que conocía perfectamente la administración y los problemas que podían plantearse a los funcionarios provinciales<sup>44</sup>: la emancipación realizada conforme a derecho, sea cual fuere el comportamiento posterior del emancipado, no es revocable.

Tampoco está de más valorar que el fragmento que venimos analizando se recoge en las Pandectas de Justiniano en sede *de*

---

<sup>42</sup> Al respecto, afirma T. HONORÉ, Ulpian cit. p. 122 : "Whatever the date of composition may be, the *opiniones* contain passages which are characteristic of imperial rescripts of the Severan age and the later third century."

<sup>43</sup> T. HONORÉ, Ulpian cit. p. 120.

<sup>44</sup> No en vano, como es sabido, el jurista de Tiro desarrolló importantes tareas administrativas bajo los emperadores severianos y su obra -que se ocupa de cuestiones jurídico-públicas, administrativas, provinciales y fiscales, y no sólo de las habituales materias privatísticas- se redacta fundamentalmente mientras estaba al servicio de Caracalla, vide T. HONORÉ, *Domicio Ulpiano*, en R. DOMINGO (ed.), *Juristas Universales I* (Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004) pp. 208 ss.

*adoptionibus et emancipationibus et aliis modis, quibus potestas solvitur.* Por tanto, la perspectiva del texto que interesa a los compiladores - obviamente más cercana que la nuestra al texto original- es la que atiende al valor del mismo como norma atinente a los efectos definitivos de la *emancipatio*, no como expresión de una rareza jurídica o un caso particular. Ello obliga a asociar *quasi* con *vixerat*, no con *iure emancipata*. Podría decirse que preferimos la lectura de los compiladores a la de los glosadores, más lejanos en el tiempo y ávidos de reglas interpretativas que permitan entender y hacer entender el tesoro jurídico sobre el que laborean<sup>45</sup>. Efectivamente, desde ese punto de vista, el de los compiladores justinianeos, la *emancipatio* se muestra con claridad como un acto de efectos permanentes, sobre el que no cabe rectificar. Tampoco en el caso de que la hija emancipada hubiera fallecido o hubiera dispuesto de sus bienes por testamento sin contar con el parecer paterno, desoyendo quizá la debida gratitud y la reverencia debida al padre. Pero, en puridad, si la hija había sido correctamente liberada de la patria potestad, como parece ser el caso,

---

<sup>45</sup> Los glosadores, para F. CALASSO, *Medioevo del Diritto I. Le fonti* (Milano, Giuffrè, 1954) p. 533, “[...] impegnano tutte le loro conoscenze della dialettica per chiarire a sè medesimi il concetto e battagliano fra loro [...] perchè lo loro scopo non è l’artificiosa fissità di un breve giro di parole macchinalmente raggiunto, bensì veramente la definizione dei *dogmata* (com’essi dicono, mutuando la parola dalla scienza teologica) [...]”. En la construcción de esos dogmas tienen un papel de especial importancia los brocarda (“nome di oscura origine”), labor en la que gozan especial protagonismo juristas como Pillio da Medicina, del s. XIII, o el propio Azón, autor de una obra -que se edita como apéndice de sus *Summae*- con el título *Brocardica Azonis*. Vide ID., *Ibid.* p. 534.

gozaba de *testamentifactio* activa y sus disposiciones *mortis causa* realizadas correctamente son en principio válidas. ¿Qué sentido tendría, por otra parte, que los compiladores hubieran elegido entre los textos capitales de los que aluden a los modos de salir de la patria potestad un pasaje en el que se admite la revocabilidad de la decisión liberadora? Acudiendo a la lógica compositiva del título, el hecho de que éste sea precisamente un texto de referencia favorece nuestra interpretación: la emancipación, una vez realizada, no tiene vuelta atrás haga lo que haga el emancipado. Dicho de otro modo, la renuncia a la patria potestad válidamente realizada por su titular no es reversible y el padre no puede deshacer el acto liberatorio realizado a favor de su propia hija, por lo que los actos jurídicos realizados por la hija, por ejemplo, la institución de herederos en testamento, son inicialmente válidos.

Como vemos, la lectura contextual del texto es especialmente útil a nuestros fines. Es más, el texto anterior y el posterior al que analizamos se centran en la adopción y la arrogación. En el pasaje que le precede en el Digesto justiniano, se fijan *-sensu contrario-* criterios mínimos para ser objeto de una *arrogatio*, presencia y consentimiento del arrogado<sup>46</sup>; mientras que el inmediatamente posterior -también proveniente del libro quinto de las Opiniones de Ulpiano, como el que analizamos- se recalca el requisito de la presencia efectiva del adoptante o del arrogante para llevar a cabo este tipo de negocios, en los que se excluye expresamente la actuación a través de

---

<sup>46</sup> D. 1,7,24 (*Ulp. 1 disp.*) *Neque absens, neque dissentiens arrogari postest.*

representante<sup>47</sup>. Son textos, por tanto, definidores del régimen básico de las instituciones a las que aluden. Por ello cabe afirmar que, para los compiladores, el fragmento situado en D. 1,7,25 pr. se centra en la emancipación y sus efectos definitivos, sin pretender la fijación de doctrina alguna sobre los actos contrarios, en consonancia con la rúbrica que acompaña al título VII del libro primero del Digesto.

A ello colabora también la contextualización palingenésica del pasaje en la sede de la que proviene según la *inscriptio* compilatoria<sup>48</sup>. Lenel encuadra el texto que nos ocupa en un pretendido título *De capite minutis*, precedido de un texto sobre la irrelevancia de la adopción para quien nació esclavo, que sigue siendo liberto -y no ingenuo- después de la misma<sup>49</sup>. A continuación se colocan, juntos, los dos textos recogidos en D. 1,7,25 pr.-1, es decir el que analizamos y el que le sigue en el orden del Digesto, sobre el que acabamos de tratar. Y, por último, se incluiría en este título un pasaje referido al deportado que, tras haber sufrido una *capitis deminutio* como pena accesoria de la *deportatio*, es redimido de su condena *indulgentia Principis* y recupera su condición anterior; el texto incide en que quien es así tratado no puede evitar ser demandado por sus acreedores

---

<sup>47</sup> D. 1,7,25,1 (Ulp. 5 opin.) *Neque adoptare, neque arrogare qui absens, nec per alium eiusmodi solemnitate peragere postest.*

<sup>48</sup> O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, vol. alt. (Lipsiae 1889, reimpr. Roma 2000) col. 1010.

<sup>49</sup> D. 1,5,27 (Ulp. 5 opin.)

privados o públicos, de haberle sido restituidos sus bienes, haya aceptado o no tal restitución<sup>50</sup>.

De todo ello no podemos extraer ninguna consecuencia distinta en lo sustancial a lo que ya se ha expuesto: nuestro texto de referencia, D. 1,7,25 pr. (*Ulp. 5 opin.*), trata sobre la emancipación y la permanencia de sus efectos, una vez que ésta se ha verificado conforme a Derecho. Sí resulta inquietante o distorsionante al respecto que, en el mismo libro quinto de las Opiniones de Ulpiano, se incluya un texto en el que se conmine al deportado cuya pena se redime por decisión el Emperador a soportar las consecuencias de sus obligaciones, aunque hubiera tratado de evitarlas abandonando sus propios bienes. Es cierto que Ulpiano corrige aquí -sobre la base de un argumento de interés general no expreso, pero que bien podría identificarse con la seguridad jurídica- la intención de eludir las propias deudas. Ello supone una alusión indirecta a la necesidad de mantener un comportamiento honesto para con los propios acreedores por parte de quien recibe una rehabilitación completa tras una deportación de la que se le redime a través de una medida de gracia<sup>51</sup>. Ese argumento basado en la probidad, pero referido al titular de un derecho, no al obligado, sustenta también la doctrina de los

---

<sup>50</sup> D. 48,23,2 (*Ulp. 5 opin.*)

<sup>51</sup> La *indulgentia principis*, como medida redentora de la pena, se entiende en el Principado como base del indulto, vide W. WALDSTEIN, *El derecho de gracia en Roma. Abolitio, indulgentia, venia*, trad. esp. de B. Arp (Alicante 2000) p. 144.

actos propios, dirigida a reforzar la seguridad jurídica. Sin embargo, la interpretación del fragmento que nos ocupa no puede variar por esta sola razón, de escaso peso. No negamos, por tanto, el sabor romano de la doctrina de los actos propios, pero una cosa es que Ulpiano pudiera haber razonado en términos similares a los que fundamentan esa teoría -desde el punto de vista axiológico- y otra muy distinta es que lo hiciera, precisamente, en el texto que estamos analizando.

En contra de nuestra interpretación juega el hecho de lo afortunada que resulta la construcción *adversus factum suum movere controversiam prohibetur*, toda una tentación -comprensible- a la hora de buscar el origen romano de la teoría de los actos propios, cuando podría haberse expresado directamente que la *emancipatio* no es revocable, sin rodeos, ejemplos, ni circunloquios, como se hace al negar a la misma emancipación la posibilidad de estar sometida a término o condición<sup>52</sup>. Pero sabemos que la jurisprudencia romana huye de esas afirmaciones generales y que somos sus intérpretes quienes tendemos a extraer reglas de la casuística jurisprudencial. Pudiera parecer, a ojos de quien busca aforismos que les sirvan de guía, que Ulpiano deja caer una idea general -casi una *regula iuris*- en un caso particular, lo que sin embargo nos lleva a un juicio de intenciones difícilmente sostenible con las fuentes por delante. No puede, empero, negarse que el hallazgo es afortunado para los glosadores y que encaja, oportunamente aislado de su literalidad y de sus contextos compilatorio y originario, con la que será en el futuro la

---

<sup>52</sup> D. 50,17,77 (*Pap. 28 quaest.*).

teoría de los actos propios. En nuestra opinión, no puede irse más allá. No hay alusiones a la buena fe, al dolo o a la justicia material en el texto de Ulpiano, ni la pretendida formulación de una máxima jurídica. En la actualidad, dada la evolución de romanística, no ha de confundirse el Derecho romano con un Derecho intemporal cuyos vestigios textuales puedan ser simplemente leídos, sin ser interpretados conforme a criterios científicos<sup>53</sup>.

Pero prosigamos con los argumentos favorables a nuestra lectura del texto, para abordar ahora uno de orden gramatical: debemos subrayar que Ulpiano, en el texto, se refiere a la emancipación como un hecho consumado, incontestable, al emplear el pluscuamperfecto de subjuntivo *emancipasset*. Es decir, se prohíbe al padre plantear controversia alguna contra un acto suyo, como si no

---

<sup>53</sup> A. GUARINO, *L'esegesi delle fonti del diritto romano I* (Napoli, Jovene, 1982) pp. 554 ss., distingue hasta siete perspectivas desde las que analizar un texto de las fuentes romanas, en aras de localizar posibles alteraciones y en el marco del método crítico-exegético: filológica, estilística, lógico-general, lógico-jurídica, histórica, sistemática y exegético-comparativa. Por nuestra parte, entendemos que esos mismos criterios, así como los que tienen que ver con el contexto del pasaje en cuestión, de la obra y su autor, así como de su finalidad, son elementos interpretativos de primer orden, que permiten acercarse al significado del texto en su tiempo. Siguiendo al mismo autor, *Ibid.* pp. 577 s., el método crítico-exegético estaría superado por el método crítico reconstructivo, que tiene la finalidad "di inquadrare I risultati esegetici nel complesso delle fonti dei dati disponibili, [...] di controllare il valore degli uni e degli altri, di operare infine la sintesi ricostruttiva, costruendo cioè il quadro storico del fenomeno, che si è inteso esaminare."

*hubiese emancipado* a su hija conforme a derecho y en presencia de testigos. El empleo de esta forma verbal casa perfectamente con la idea de que la emancipación se llevó efectivamente a cabo, de que era un acto terminado y perfecto, valga la redundancia, sin errores. Es decir, se prohíbe plantear una controversia contra un acto propio correctamente desarrollado, una emancipación llevada a cabo conforme a Derecho y en presencia de testigos. Es más, *contrario sensu*, Ulpiano deja entrever la posibilidad de que el padre pudiera haber impugnado su propio acto si éste hubiera sido defectuoso, o sea, si no se hubiese llevado a cabo conforme a las exigencias jurídicas (*iure*) o sin contar con los testigos requeridos (*presentibus testibus*). Pero como no es éste el caso, *adversus factum suum pater movere controversiam prohibetur*.

Cosa distinta habría sido que el pasaje de Ulpiano hubiese reflejado una circunstancia en la que el padre de familia trata a un *alieni iuris* como si fuese un emancipado, sin serlo efectivamente, y que, ante el ejercicio de cualquiera de las facultades derivadas de la patria potestad, el jurista hubiera dicho: *adversus factum suum pater movere controversiam prohibetur*. Pero no es eso lo que dice el texto, centrado en la estabilidad y permanencia de los efectos de una emancipación válida sea cual sea el comportamiento del emancipado. En cambio, sí puede entenderse que al vincular *quasi* con *vixerat* se hace referencia a que la hija no sólo había sido emancipada conforme a derecho, sino que también desde el punto de vista fáctico había vivido casi como una *materfamilias*, concepto que sin ser jurídico representa en época de Ulpiano un modo de vida propio de mujeres

respetables, más allá de su condición de *sui iuris*<sup>54</sup>. Según el propio Ulpiano<sup>55</sup>, *Materfamilias* no es el femenino de *paterfamilias* sino la mujer de buenas costumbres, lo que responde a un determinado modelo social de virtudes que redundan en la estabilidad social y la ejemplaridad<sup>56</sup>. Habría que entender, por tanto, que la hija de familia emancipada a la que se refiere D. 1,7,25 pr. (*Ulp. 5 opin.*), que había vivido casi como *materfamilias* o mujer de buenas costumbres, pudo sorprender a su padre con un comportamiento poco ejemplar

---

<sup>54</sup> Sobre el particular, vide M. GUERRERO, *La idea de materfamilias en el edictum de adtemptata pudicitia*, en R. LÓPEZ ROSA-F. DEL PINO, *El Derecho de familia. De Roma al Derecho actual* (Huelva, Universidad, 2004) pp. 297 ss. B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* (Palermo, Università, 1979) p. 21, hace referencia a la evolución del término *mater familias*, que al principio se identificaría con la mujer casada, con hijos, y sometida a la *manus* de su marido; más tarde –lo que habría que identificar con la época del texto que analizamos– “con sfumatura d’onore, ogni donna *sui iuris*.” Sobre el particular, extensamente, vide R. FIORI, “*Materfamilias*”, en *BIDR.* 35-26 (1993-1994) pp. 455 ss.

<sup>55</sup> Sin ser exhaustivos sobre el particular, el propio Ulpiano –a quien debemos el texto que comentamos– aclara qué debe entenderse por *mater familias* en D. 50,16,46,1 (*Ulp. 59 ad ed.*): “*Matrem familias” accipere debemus eam, quae non inhoneste vixit: matrem enim familias a ceteris feminis mores discernunt atque separant. Proinde nihil intererit, nupta sit and vidua, ingenua sit an libertina: nam neque nuptiae neque natales faciunt matres familias, sed boni mores.*

<sup>56</sup> A. CASTRESANA, *Catálogo de virtudes femeninas. De la debilidad histórica de ser mujer versus la dignidad de ser esposa y madre* (Madrid, Tecnos, 1993) p. 20.

nombrando en su testamento unos herederos que no eran del agrado del mismo, lo que llevó a éste a impugnar sin éxito la emancipación, que se configura como un acto irrevocable<sup>57</sup>.

3. Como hemos tratado de demostrar, el pasaje recogido en D. 1,7,25 (*Ulp. 5 opin.*), con estos datos en la mano, no puede considerarse antecedente de la teoría de los actos contrarios, lo que no quiere decir que la referida doctrina no pueda encontrar antecedentes en los textos jurisprudenciales romanos para quedar entroncada con la tradición clásica, lo que ahora no ha sido objeto de análisis por nuestra parte en toda su extensión<sup>58</sup>. No en vano, el Derecho romano tiene en la buena fe una de sus bases conceptuales, especialmente en el ámbito de los contratos consensuales y del proceso en torno al que se modelan las

---

<sup>57</sup> No es hasta la segunda mitad del s. IV, en tiempos de Valentiniano I y aproximadamente 150 años después de la muerte de Ulpiano, cuando se admitió la posibilidad de que la emancipación pudiera ser revocada por ingratitud del emancipado hacia su padre, vide CI. 8,49[50],1 (a. 367).

<sup>58</sup> Como bien dice L. DÍEZ-PICAZO, *La doctrina de los propios actos* cit. pp. 106 s., en que “El Derecho romano nos da una pista y un camino, pero nada más. Nos da las piezas del juego de rompecabezas, pero no se ha cuidado de componer – acaso con fino sentido jurídico y empírico- este cuadro, abstracto y general, que ahora nos ocupa.” En otro momento, el reputado jurista afirma, *Ibid.* p. 89: “La máxima estudiada posee tres notas características que llaman inmediatamente la atención –generalidad, abstracción y vaguedad- y que son muy difícilmente conciliables con los hábitos mentales de la jurisprudencia romana, rigurosamente lógica, es cierto, pero también casuista, concreta y enormemente precisa.”

distintas figuras típicas. La coherencia del propio comportamiento se exige como regla general en el ámbito negocial, donde no cabe, como es sabido, exigir que responda a quien no cumple una obligación recíproca, si quien reclama no ofrece al mismo tiempo el cumplimiento de lo debido o no ha cumplido con anterioridad. Quien no cumple crea una cierta expectativa en la otra parte, al abandonar la vigencia del contrato de que se trate; de ahí que resulte sorprendente la exigencia a la otra parte de que se cumpla lo que a él se debe<sup>59</sup>. La buena fe contractual es presupuesto para el ejercicio de los propios derechos, como es bien conocido. En este terreno podría situarse más adecuadamente el pretendido origen romano de la doctrina de los actos propios, más allá de textos concretos o frases aisladas más o menos sonoras, en tanto se exige coherencia al titular de un derecho subjetivo a la hora de exigir su cumplimiento. Por otra parte, y como ya hemos mencionado repetidamente, en la formulación de la moderna doctrina de los actos propios resulta sin duda ineludible el protagonismo de glosadores como Azón y Acursio o postglosadores como Bártolo y Baldo.

---

<sup>59</sup> Sobre los orígenes de la relevancia jurídica de la buena fe como criterio autónomo en el Derecho privado romano y su extensión en tiempos de Cicerón (Cic. Att. VI,1,15; Off. III, 17,70), vide R. CARDILLI, *Bona fides tra storia e sistema* (Torino, Giappichelli, 2004) pp. 3 ss. Sobre su valor trasversal, debe aludirse a la afirmación de F. SCHLUZ, *Principios del Derecho romano*, 2.<sup>a</sup> ed. rev., trad. esp. de M. Abellán (Madrid, Civitas, 2000) p. 248: “Responder de la *bona fides* implica así, no sólo mantener la palabra, sino tener un comportamiento que responda a la costumbre de la gente honrada, [...]”.

Para terminar con esta reflexión que mira de reojo el problema de las consecuencias que tiene la interpretación de los textos jurisprudenciales clásicos -cargados de autoridad- para el desarrollo posterior del Derecho, procede resaltar que parte de la doctrina contemporánea ha cargado contra la extensión de ciertos esquemas pseudo-normativos, como puede ser el principio *venire contra factum proprium non valet* en detrimento de la calidad del Derecho. Gandulfo habla incluso de una “Teoría expansiva del Acto Propio” sobre la base de una aplicación extensa y al tiempo indefinida del citado principio y la doctrina que resume, lo que incide a su vez en la seguridad jurídica que el citado principio viene a proteger<sup>60</sup>.

---

<sup>60</sup> E. GANDULFO, *La aplicación del principio “venire contra factum proprium non valet”*. Un caso de vulgarismo jurídico, en *Revista Chilena de Derecho* 32-2 (2005) pp. 363 ss.; argumentos favorables a la extensión de esta doctrina pueden verse, por ejemplo, en S. CARRETERO SÁNCHEZ, *Un reducto para la libertad del juez: la doctrina de los actos propios y la buena fe*, en *Anuario de Derechos Humanos* 4 (2003) pp. 9 ss. En una referencia generalizadora, pero no por ello privada de sentido, este último autor, *Ibid.* p. 34, también se encomienda al Derecho romano como elemento de autoridad en la formulación de sus conclusiones sobre la doctrina de los actos propios: “Es uno de los conceptos que puede hacerle disentir del pensamiento único jurisprudencial-formal, y que le separa del silogismo positivista de que toda norma conlleva irremediabilmente una consecuencia jurídica directa única. No fue así en el Derecho romano y tampoco lo es ahora, donde el juez, amparándose de forma argumental y como criterio de interpretación en una doctrina de gran prestigio, puede conceder carta legal a situaciones que están ya institucionalizadas socialmente, y que ninguna prueba puede alterar; situaciones que tomaron cuerpo en relaciones crediticias,

---

contratos, situaciones familiares, de derechos reales...que suponen ser mejor defendidas por el Derecho dejándolas como se encuentran.”