

Fuentes jurídicas del principio
qui tacet, consentire videtur.
Realidad jurídica *versus* difusión social¹

Gema TOMÁS

(Université de Deusto)

Sumario: 1.El silencio como declaración de voluntad.- 2. El principio *qui tacet, consentire videtur*: su origen como norma.- 2.1. El aforismo como norma legal en el Derecho canónico.- 2.2. Fuentes de inspiración canónica.- 2.3. Precedentes jurídico-romanos - 2. 4. Recepción por los canonistas a través de la glosa.- 3. Su incorporación al *Corpus Iuris Canonici* e influencia posterior.- 4. Vigencia socio-jurídica del aforismo

1. El silencio como declaración de voluntad

El valor del silencio como declaración de voluntad es un tema clásico en la doctrina del contrato. La esencia de éste, como es sabido, es la voluntad. Una voluntad que debe declararse de forma expresa o tácita. Y en torno a esta cuestión se plantea el papel que puede jugar el silencio, no sólo en el ámbito del Derecho Civil, sino también en otras áreas, como el Derecho Penal, el Derecho Procesal o el Derecho Administrativo. La norma, que siempre busca dotar

¹ Este artículo corresponde a la comunicación presentada en francés bajo el título “Sources juridiques du principe: *qui tacet, consentire videtur*. Réalité juridique *versus* diffusion sociale”, con ocasión de la 57ème Session de la Société Fernand de Visscher pour l’Histoire des Droits de l’Antiquité. Université d’Auvergne (Clermont-Ferrand), 16-20 septembre 2003, cuyo tema versaba sobre: “Les sources juridiques dans le monde antique: leur contribution à la connaissance de l’Etat et de la société”.

de seguridad a las relaciones jurídicas, se enfrenta al silencio como un fenómeno que desconcierta por lo que hay en él de ausencia y de incertidumbre. No es extraño, por lo tanto, el interés del ordenamiento en dotarle de regulación.

El Derecho civil de contratos, a diferencia de otros sectores del ordenamiento, como el Derecho administrativo, no se ha enfrentado al silencio con normas jurídicas, sino más bien con principios que se han ido configurando a lo largo del tiempo. Quizás el motivo sea que en este campo es importante el riguroso respeto a la voluntad individual y al derecho de regular los propios intereses patrimoniales y personales, incluso cuando esa voluntad se esconde en el silencio. En torno a esta idea, forma parte de nuestra cultura jurídica una de las reglas más conocidas: *qui tacet, consentire videtur*. A ella se acude con frecuencia en la vida cotidiana, como una “frase feliz”, lapidaria, que late en nuestro pensamiento y que es utilizada incluso por legos en Derecho para atribuir al silencio ajeno ciertas obligaciones o efectos jurídicos. Sin embargo, su formulación tan genérica no responde a la verdad, y por ello es restringida y matizada por los Tribunales.²

Un principio tan asentado en nuestra cultura jurídica, tan difundido socialmente, pero a la vez tan inexacto, despierta el interés por volver a las fuentes jurídicas sobre las cuales se forjó su aparición³.

2. El principio *qui tacet, consentire videtur*: su origen como norma

Este aforismo se enuncia oficialmente por primera vez en el derecho canónico. El Papa Bonifacio VIII mandó añadir a los cinco Libros de las Decretales⁴, un nuevo libro (*Liber Sextus*), integrado por sus propias Decretales (251) y algunos textos de Papas ante-

² La jurisprudencia moderna restringe esta regla en el sentido: *qui tacet, ubi loqui potuit et debuit, consentire videtur*.

³ Sobre este tema véase el reciente trabajo monográfico de SCHWARTZE St.T., *Qui tacet, consentire videtur-eine Rechtsregel im Kommentar. Vorläufer in kanonischen Brocardasammlungen und zeitgenössische Kommentierung*, Ferdinand Schöningh, Paderborn-München-Wien-Zürich, 2003.

⁴ Las Decretales de Gregorio IX (a.1234) contienen reglas jurídicas en el Título XLI (*De regulis*) del Libro V.

riores (108)⁵. Al final del mismo, se incluye un título (título XII) bajo el nombre *De regulis iuris*, en el que a imitación del Digesto de Justiniano se insertan reglas jurídicas⁶.

Entre ellas, se encuentra la regla 43: *qui tacet, consentire videtur*, desconocida como tal en el derecho romano; y la regla 44, contradictoria con la precedente, y que reza así: *is, qui tacet, non fatetur, sed nec utique negare videtur*⁷. Esta última reproduce Dig. 50, 17, 142 (Paul, *ad ed.* 56): *Qui tacet, non utique fatetur; sed tamen verum est, eum non negare*, si bien varía algo su formulación, de forma que resulta más clara en el Sexto que en el Digesto.

Estamos en presencia de dos normas de interpretación contradictorias entre sí. En la primera, callar implica una

⁵ El Papa Bonifacio VIII nació en Anagni ca. 1220-35 y murió en Roma el 11 ó 12 de octubre de 1303. Puede destacarse, además de esta importante labor jurídica, el decreto del primero de los jubileos ordinarios (1300) y en el orden científico, la fundación de la Universidad de Roma. Otros datos biográficos pueden verse en PRIETO PRIETO A. (*Gran enciclopedia Rialp*, 1991).

⁶ En Dig. 50, 17 se nos ofrece una variada antología de las reglas jurídicas formuladas por los juristas romanos. No se encuentran sólo en este título, sino dispersas en la jurisprudencia romana y en las *leges*. Sobre el significado de *regula* para los juristas romanos y su evolución histórica, puede verse: SCHULZ F., *Principles of roman Law*, Oxford, 1956; RICCOBONO S., “*Regulae iuris*”, *Novissimo Digesto italiano*, XV, 1957, pp.360-361. Los juristas romanos comenzaron desde época antigua a formular algunas *regulae iuris*. Véase la evolución al respecto en STEIN P., *Regulae iuris. From juristic rules to legal maxims*, Edinburgh, 1966 e *Idem*, *El derecho romano en la historia de Europa*, trad. J.P. Fusi, Madrid, 2001. Existen numerosas obras recopilatorias de reglas, aforismos y principios. Puede citarse la de LIEBS D., *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, 5ª ed., München, 1991; MAYRAND A., *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, 3ª ed., Cowandsville, 1994 y en español: MANS PUIGARNAU J.M., *Los principios generales del Derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos*, Barcelona, 1947; VICÉN ANTOLÍN C., *Expresiones y términos jurídicos latinos*, Barcelona, 1994 e *Idem*, *Diccionario de expresiones y términos jurídico-latinos*, Barcelona, 2002; NICOLIELLO N., *Diccionario del latín jurídico*, Barcelona, 1999; GERNAERT WILLMAR L.R.R., *Diccionario de aforismos y locuciones latinas de uso forense*, Buenos Aires, s.d.; LÓPEZ DE HARO C., *Diccionario de reglas, aforismos y máximas de Derecho*, Madrid, 1975 (5ª ed. 1982); DOMINGO R. (dir.), *Textos de Derecho romano*, Pamplona, 2002, por GÓMEZ CARBAJO DE VIEDMA F. (pp. 299-352, acerca de *Regulae iuris*) e *Idem*, *Principios de Derecho Global*, Pamplona, 2003.

⁷ *Liber Sextus Decretalium*, Lib. V, tit. XII (*Corpus Iuris Canonici*, ed.2, pars II (*Decretalium Collectiones*), inst. Friedberg, Leipzig, 1881, p.1123.

declaración positiva de consentimiento. En la segunda, la *taciturnitas*⁸ tiene un valor neutro y será la ley o el intérprete quien establezca una significación, afirmativa o negativa. Pero ambas, contenidas en el *Corpus Iuris Canonici*, adquirieron en su momento valor oficial. Se convirtieron en reglas jurídicas que el legislador canónico incorporó a su ordenamiento para que sirvieran de guía al intérprete de los cánones y de las Decretales. Así mismo ejercieron una gran influencia sobre la doctrina y la práctica canónica, y en consecuencia, sobre el Derecho común.

La regla 44 no se cuestionó, tanto por su ascendencia directa del Digesto de Justiniano, como porque atribuía un valor neutro al silencio, relacionada con la posición del reo en el proceso; pero no ocurrió lo mismo con la nueva regla 43: *qui tacet consentire videtur*. Esta última era desconocida en el Derecho romano y despertó una fuerte controversia ante la cuestión de por qué se formuló y se incluyó en el Derecho canónico. Se preguntó si ello respondía a alguna exigencia especial propia de ese Derecho⁹, y en definitiva, cuáles pudieron ser sus antecedentes.

2.1. El aforismo como norma legal en el Derecho canónico

La autoría de las mismas se atribuye a Dino da Mugello, que no era un canonista, sino un jurista profesor de Bolonia y de Nápoles, a quien el Papa Bonifacio VIII invitó a tomar parte en esa tarea hacia el año 1296. En 1297 fue a Roma a tal fin, y el Sexto libro de las Decretales fue publicado en febrero de 1298¹⁰. Según

⁸ La palabra *taciturnitas* es la que mejor expresa la idea de silencio como declaración de la voluntad (*Vocabularium iurisprudentiae romanum*, t. V, pp. 937-938; *Oxford Latin Dictionary*, Oxford, 1968, pp.1899-1900). Aunque en las fuentes aparecen diversas expresiones, sobre todo: *perseverantia voluntatis*, *tacere*, *non contradicere*, *non dissentire*, *non recusare*, *non repugnare*, *pati*, *scientia et patientia*... es la palabra *taciturnitas* la que mejor viene a significar esta idea. Esto es, un "callar" del que resulta una voluntad efectiva, si bien manifestada a través de un comportamiento pasivo. La palabra *silentium* apenas aparece en los textos legales. No se debe en ningún caso confundir con voluntad tácita, que los romanos designaban con la expresión *consentire re*.

⁹ Destacan los estudios de MAGNI C., "Il silenzio nel diritto canonico", *Rivista di diritto privato* (1934) I, pp. 50-90; AYALA F.J. DE, "Silencio y manifestación de voluntad en derecho canónico", *Ius Canonicum*, I (1961) pp. 27-84; BETTETINI A., *Il silenzio amministrativo nel diritto canonico*, Milano, 1999.

¹⁰ SAVINGY F.K. VON, *Storia del diritto romano nel Medioevo*, trad. it. E. Bollati, vol. II, Roma, 1972, pp.459-461 y 465.

Savigny, por los testimonios existentes, este jurista ignoraba completamente el Derecho canónico y puede que sólo tuviese el encargo de releer el Sexto y de hacerlo consonar con el Derecho romano. También pudiera ser que ni siquiera hubiese participado en ese libro, sino que le hubiesen encargado únicamente hacer un apéndice para dar a toda la obra mayor autoridad y hacerla más accesible a los juristas¹¹. Ello explicaría la composición del título XII (*De regulis iuris*) compuesto casi en su totalidad de reglas extraídas del Derecho romano¹², lo que está en consonancia con el perfil del autor y con la breve participación que tuvo en aquel trabajo¹³. Veamos cuáles pudieron ser sus fuentes.

2.2. Fuentes de inspiración canónica

De un lado, según los estudios realizados por los canonistas, parece que en el Derecho de la Iglesia existía un campo abonado para este principio. Se trataba de ciertas situaciones en las que el ordenamiento canónico anterior al siglo XIII atribuía al silencio valor de consentimiento¹⁴. Es decir, venía haciéndose aplicación del principio *qui tacet, consentire videtur*, aunque no estuviera aún formulado como tal. Estos casos no se referían a cuestiones contractuales, sino a relaciones en las que la Iglesia no exigía una voluntad expre-

¹¹ Ésta parece ser la opinión de STEIN, [n.6] p. 150, que subraya su rol de colaborador, no el de autor de este título. Ver los datos biográficos en FALLETTI L., *Dictionnaire de droit canonique*, t. IV, Paris, 1949, pp.1250-1258.

¹² Afirma STEIN, [n.6] p.149, que la mayor parte de las 88 *regulae* del Sexto tienen su contrapartida en el correspondiente título del Digesto, acerca de un quinto fueron transferidas literal o casi literalmente.

¹³ Y también, como añade SAVIGNY [n.10] p.465, con el hecho de que Dino escribiese después un comentario a este título por orden del Papa que fue la primera obra de este tipo. Se trata del *Commentarius in regulas iuris pontificii*, (Lugduni, 1548). Es difícil de saber si escribió este texto por encargo del Papa. Tras la publicación de ese libro-comentario, regresó a Bolonia y murió al poco tiempo. Según STEIN, [n.6] p. 151-152, es realmente la última obra relevante de los glosadores sobre *regulae*. Actuó como una especie de codificación de la teoría de las reglas jurídicas para los comentaristas de los siglos XIV y XV (pp.153-179).

¹⁴ Así opina MAGNI, [n.9] p. 50, quien ha estudiado en profundidad el origen del brocardo *qui tacet, consentire videtur*. Considera que no hay una clara visión del derecho canónico y de la doctrina canónica en la formación y aplicación del famoso brocardo. La moderna doctrina sobre el silencio suele limitarse a la cita de las dos conocidas reglas incluidas en el *Corpus Iuris Canonici*, siendo la doctrina y jurisprudencia medieval en general, y canónica en particular, poco conocida.

sa, sino que por interés público, el de la Iglesia, se conformaba con una actitud silenciosa. Nos referimos a las siguientes situaciones.

El caso típico y originario de Derecho canónico, es el del esclavo que deseaba recibir ordenación sacramental o hacer profesión de votos religiosos. Para tal fin, debía ser un hombre libre, y por tanto la legislación estatal y la de la iglesia exigían el consentimiento del dueño. Pues bien, en interés de la Iglesia se atenuó en lo posible el valor de las formas de manumisión y por ello se redujo el consentimiento del dueño a un simple *non contradicere*.

Así en el Decreto de Graciano (Bologna, 1140), la Dist. 54 c.2¹⁵: *Nulli de seruii condicione ad sacros ordines promoueantur, nisi prius a dominis propriis legitimam libertatem consequantur, cuius libertatis charta ante ordinationem in ambone publice legatur, et, si nullus contradixerit rite consecrabuntur*. Y también en Dist. 54, c. 20: *Si servus, sciente et non contradicente domino, in clero fuerit ordinatus, ex hoc ipso liber et ingenuus erit. Sed ignorante domino, licet, ei intra spatium unius anni et seruilem fortunam probare, et seruuum suum accipere. Verum est, si legitimo probatus experimento monachus efficiatur, euadit iugum seruitutis [...]*¹⁶.

Similar es el caso de la hija que ingresa en religión. Basta que los padres consientan con su silencio. Así puede verse en la misma obra: Causa XX, quaestio II, c.2: *Usque ad annos XII paternae voluntatis puella subiaceat arbitrio: Puella, si ante XII aetatis annos sponte sua sacrum sibi assumpserit, possunt statim parentes eius vel tutores id factum irritum facere, si voluerint. At si annum et diem dissimulando consenserint, ulterius nec ipsi, nec ipsa mutare poterunt [...]*¹⁷.

Lo mismo acontecía con el necesario consentimiento entre marido y mujer con ocasión de la profesión religiosa¹⁸, en consonancia con el interés eclesiástico. Fuera de este interés por facilitar la entrada en órdenes religiosas, se pueden citar otros dos ámbitos en los que el ordenamiento canónico se conformó con una actitud silenciosa¹⁹: el derecho matrimonial canónico, el cual estableció la

¹⁵ *Corpus Iuris Canonici*, pars I, ed. Friedberg, Leipzig, 1879, p.207.

¹⁶ *Ibid.*, p. 214.

¹⁷ *Ibid.*, p. 847.

¹⁸ MAGNI, [n.9] p. 58.

¹⁹ Trata AYALA, [n.9] p. 31-34, del terreno ético religioso. En éste, cuando la fe era discutida, existía obligación de responder a ciertas preguntas, y el Decreto de

validez de ciertos esponsales (*desponsatio*), en los que no era indispensable el consenso expreso de los hijos, sino que era suficiente la *patientia* o ratificación de los mismos y de otra parte, las deliberaciones electorales canónicas²⁰.

Como puede verse, el silencio apareció en el ordenamiento canónico de forma incidental y casuística, esto es, como solución práctica para situaciones jurídicas determinadas, que no se refieren al ámbito contractual, al de las obligaciones. El legislador canónico no se pregunta en estos casos por el contenido real de la voluntad de quien calla, sino que atribuye al silencio unos efectos en atención a un interés superior eclesiástico. En ellas, el principio de que el silencio valga como consenso viene determinado por un proceso histórico de involución de un primitivo consentimiento expreso, que a partir de un determinado momento se considera suficiente con no contradecir de forma consciente. Algo que también se había producido en el derecho romano²¹.

2.3. Precedentes jurídico-romanos

Varias fuentes romanas, al margen de la regla general contenida en Dig. 50, 17, 142, aluden al silencio²². Puede observarse en ellas

Graciano insinúa el principio general de que quien tienen el deber de hablar, no puede dejar de hacerlo sin incurrir en negligencia culpable. Como señala el autor, no se trataba de equiparar silencio a manifestación de voluntad, sino de establecer responsabilidades derivadas de una negligencia. Ver Dist. 40. c.2: *e Iuris Canonici*, pars I, ed. Friedberg, Leipzig, 1879, p. 146 y Dist. 65. c.9: *Corpus Iuris Canonici*, pars I, ed. Friedberg, Leipzig, 1879, p. 230. Como considera BETTETINI, [n.9] p.46, esa negligencia es más moral que jurídica. Al margen dejamos la materia sacramental (MAGNI, [n.9] pp.66-71), campo en el cual la Iglesia medieval afirmó que el silencio en algunos casos valía como consentimiento, ya que para la validez de ciertos vínculos sacramentales bastaba no sólo el *non contradicere*, sino incluso una voluntad viciada (bautismo, confirmación...).

²⁰ MAGNI, [n.9] pp.60-65. Apunta el autor la posible influencia del Derecho germánico en relación a la *gewere*, a cierta mención que se hace en algunos Padres de la Iglesia y sugiere (p.71) que fuera un proverbio difundido en Oriente. Ver SCHWARTZE, [n. 3].

²¹ SCHWARTZE, [n.3] pp.184-190, tras detenido estudio de todos los pasajes en cuestión llega a la conclusión de que entre los canonistas la regla era un principio jurídico orientativo cuya aplicabilidad dependía del tipo jurídico de los supuestos en los que se producía el silencio.

²² Destacan, entre otros, los siguientes trabajos realizados sobre el silencio en Derecho romano: RANELLETTI, "Il silenzio nei negozi giudidici", *Rivista italiana per le Scienze giuridiche*, vol. XIII (1892) pp. 1 ss; SIMONCELLI V., "Il silenzio nel diritto civile (nota a proposito d'una teoria del prof. Ranelletti)", *Rendiconti del*

el tránsito del derecho formalista primitivo a un derecho inspirado en la *bona fides* que se conforma en ocasiones con un silencio consciente²³. Del rito, que genera la obligación, mediante la manifestación de ciertas palabras o gestos, entre los que puede formar parte el silencio²⁴, se pasó a un sistema en el que el pretor peregrino flexibiliza las formas y revela el consentimiento latente hasta convertirlo en núcleo esencial generador de obligaciones.

Junto a esta involución de un consenso antiguo que se aligera con el tiempo, también las fuentes proporcionan ejemplos en los que ocurrió lo contrario. Esto es, situaciones en las que se introdujo

R. Istituto Lombardo di Scienze e Lettere, vol. XXX, 1897, pp. 253-279; BONFANTE P., *Instituciones de Derecho romano*, trad. 8ª ed. ital L. Bacci y A. Larrosa, 5ª ed., Madrid, 1979: p.77 y sus estudios sobre el tema recopilados en *Scritti giuridici varii*, III, Torino, 1921, que son los siguientes: "Il silenzio nella conclusione dei contratti" (I Studio), *Foro italiano*, XXV, 1900 (comentario a la sentencia de la Corte de casación de Firenze de 24 de julio de 1899) en *Scritti, op.cit.*, pp. 151-157; II Studio, *Foro italiano*, XXXI, 1906 (comentario a la sentencia de la Corte de apelación de Torino de 10 de julio de 1906) en *Scritti, op.cit.*, pp. 150-173; III Studio, *Rivista di diritto commerciale*, 1907, I, en *Scritti, op.cit.*, pp. 174-203 y IV Studio: "I rapporti continuativi e il silenzio", *Rivista di diritto commerciale*, XIII (1915), pp. 677 ss. (comentario a la sentencia de la Corte di cassazione di Torino de 28 noviembre de 1914), en *Scritti, op.cit.*, pp. 204-208; DONATUTI G., "Il silenzio come manifestazione di volontà", *Studi in onore di P. Bonfante*, vol. IV, Milano, 1930, pp. 459-484; y GORETTI M.S., "Il problema del silenzio nella esemplificazione ciceroniana del *De officiis*: ipotesi circa la giuridicità come storia e come reale", *Studi in onore de Arnaldo Biscardi*, III (1982), pp. 75-99.

²³ Véase BONFANTE, [n.22, *Instituciones*] p.77, y sus estudios antedichos en *Scritti giuridici*; y GORETTI, [n.22] p.76, quien sostiene que Cicerón fue, quizás, el primero en evidenciar el silencio desde la perspectiva ética y la útil (económica) ya que el silencio interesa tanto al filósofo como al jurista. Y ejemplifica esta idea con los casos que relata Cicerón en el libro tercero del *De officiis*, donde se plantea los posibles conflictos entre lo útil y lo honesto. Cicerón en esta obra, renuncia a hacer teoría y cita casos de experiencia forense, en los que advierte de la necesidad de referirse a la cuestión de la evolución del *ius civile*. Se sabe que para las XII Tablas el vendedor sólo asumía responsabilidad de aquello que había expresamente declarado, pero después con el tiempo, el concepto de *bona fides* genera el concepto de *dolus malus*. Más tarde, la reflexión filosófica a través del principio ético de la *bona fides* abrió la vía a la *aequitas* hasta que estos conceptos éticos han encontrado una afirmación concreta y económica del Derecho.

²⁴ IGLESIAS J., *Derecho romano*, 11ª ed., 2ª reimp, Madrid, 1997, p. 156. Sobre la declaración de voluntad en el derecho romano, puede verse WINDSCHEID B., *Diritto delle Pandette*, trad. Fadda e Bensa, vol. I, Torino, 1930, pp. 214-217; PRINGSHEIM F., "Animus in Roman Law", *Gesammelte Abhandlungen*, I, Heilderberg, 1961; D'ORS A., "Las declaraciones jurídicas en Derecho romano", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 34 (1964), pp. 565-573.

la exigencia del consentimiento de ciertas personas, que en época primitiva no se exigía, pero basta con su *non contradicere*, para considerar jurídicamente que consiente.

Se refleja este doble proceso histórico en las relaciones familiares:

1º.- En los esponsales y matrimonios de los hijos, se ve muy claramente el doble papel que juega el silencio:

a) Por una parte, en la antigua sociedad patriarcal no se tiene en cuenta la voluntad de los *filia familias* y es el *pater* quien otorga esa voluntad. Posteriormente, se requiere el consentimiento de la hija y la jurisprudencia comienza a introducirlo en esta forma moderada, en la que basta el no disentir, el no contradecir, el *tacere*. Así, la jurisprudencia dice que aunque conviene que la hija preste el consentimiento en los esponsales, se entiende que consiente a los mismos si no se opone a la voluntad del *pater*. He aquí un ejemplo de la aparición de un consenso nuevo que no se exige que sea expreso: Dig. 23, 1, 12pr (Ulp, *libro singulari de Sponsalibus*): *Sed quae patris voluntati non repugnat, consentire intelligitur*.²⁵.

b) De otra parte, hay una involución en cuanto al consenso del *pater familias* a los matrimonios de los hijos, que fue esencialmente expreso en un principio, pero que fue reducido por la jurisprudencia romana a un mero asentimiento pasivo, ya que podía ser manifestado mediante el silencio, es decir por no oponerse al matrimonio:

Dig. 23, 1, 7, 1 (Paul, *ad ed.* 35)

In sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est, quorum in nuptiis desideratur; intelligi tamen semper filiae patrem consentire, nisi evidenter dissentiat, Iulianus dixit.

²⁵ Ulpiano añade que la facultad de disentir es permitida a la *filia*, si el padre le propone una persona indigna o torpe (fragmento 11). En contra de esta interpretación de BONFANTE, discrepa DONATUTI, [n.22] p. 468, opina que la jurisprudencia romana no pudo realizar esa tendencia o evolución; cree por el contrario que Ulpiano más bien estaría pensando en excluir el consentimiento de la hija, tendencia que prevalece en el periodo romano-helénico.

Dig. 49, 15, 12, 3 (Tryph, *Disputationes* 4)

*Medio tempore filius, quem habuit in potestate captivus, uxorem ducere postest, quamvis consentire nuptiis pater eius non posset, nam utique nec dissentire [...]*²⁶

2º.- También relacionado con el poder del *pater*, puede mencionarse el caso del mutuo del *filius familias*. El *Senatusconsultum Macedonianum* no se aplicaba si el *pater familias* había consentido conscientemente. Su silencio vale como consentimiento, en la medida en que ha callado, pudiendo oponerse:

Dig. 14, 6, 12 (Paul, *ad ed.* 30)

Si tantum sciente patre creditum sit filio, dicendum est, cesare Senatusconsultum. Sed si iusserit pater filio credi, deinde ignorante creditore mutaverit voluntatem, locus Senatusconsulto non erit, quoniam initium contractus spectandum est.

En idénticos términos:

Dig. 14, 6, 16 (Paul, *Resp.* 4)

Si filiusfamilias absente patre, quasi ex mandato eius pecuniam accepit, cavisset, et ad patrem literas emisit, ut eam pecuniam in provinciam solveret, debet pater, si actum filii sui improbat, continuo testationem interponere contrariae voluntatis.

3º.- Lo mismo respecto a la *actio tributoria*, en la que basta la *patientia*:

Dig. 14, 4, 1, 3 (Ulp, *ad ed.* 29)

Scientiam hic eam accipimus, quae habet et voluntatem; sed ut ego puto, non voluntatem, sed patientiam, non enim velle debet dominus, sed non nolle; si igitur scit, et non protestatur et contradicit, tenebitur actione tributoria.

Estos pasajes, que no agotan todos los existentes sobre el silencio, sí reflejan que el silencio no equivale en la jurisprudencia

²⁶ BONFANTE, [n.22, I *Studio*] pp. 154 ss, enumera no sólo el caso de cautividad, también el del furioso y ausente. Y añade a estos supuestos los relacionados con la voluntad del adoptado en la adopción, y la del *infans* en la emancipación. Este fenómeno en la época bizantina se hace más amplio. Podría también a su juicio incluirse en la evolución el del *pignus* tácito. Ver sobre el tema BETTI E., "Declarazione volontaria nella dogmatica bizantina", *Studio in memoria di E. Albertario*, vol. II, Milano, 1953, pp. 419-462.

romana, conceptualmente, a consentir, sino que es una forma anómala de consenso. Esta es la opinión de la doctrina mayoritaria que ha calificado estas fuentes de *ius singulare*. *Ius singulare*, producto de corrientes y contracorrientes históricas, de incompletas evoluciones del querer, en las cuales el Derecho romano por un proceso histórico se conforma con un consenso pasivo, negativo, que no exige una manifestación expresa de la voluntad. En ningún caso estas situaciones permiten construir mediante la analogía un principio general a favor de que el silencio hubiera podido valer en Roma como consenso. Son excepciones a una regla general en la que el silencio no vale como manifestación de voluntad²⁷. Por lo demás, el contrato se basa en el consenso y éste requiere una manifestación positiva, sin perjuicio de que el silencio en una época determinada y por razones concretas adquiera un significado positivo y pueda, en ese sentido, generar obligaciones²⁸.

Por lo tanto, el silencio sólo tuvo eficacia en esos casos determinados expresa y positivamente por la ley, en los que bien por la naturaleza de la relación o por razones de utilidad social, el Derecho romano se conformó con una voluntad no perfecta, con un asentimiento pasivo consciente. Es importante esa idea de que el silencio sea *consciente* porque precisamente la *scientia* permite calificar al silencio de responsable y atribuirle consecuencias jurídicas.

²⁷ BONFANTE, [n.22, I *Studio*] p.156, [n.22, III *Studio*] p. 182; a quien siguen DONATUTI, [n.22] p.463 y GORETTI, [n.22] p.81. Para DONATUTI (pp. 464 ss.) el silencio ciertamente no puede valer en general como manifestación de voluntad, sino solamente de *patientia*. A pesar de que ha habido quien ha interpretado de forma muy amplia las fuentes romanas, afirmando que se trata de la aplicación de una regla general, no de excepciones, como ha hecho RANELETTI, "Il silenzio nei negozi giuridici", *Rivista italiana per le Scienze giuridiche*, vol. XIII (1892), pp. 1 ss., se trata de voces aisladas. La mayoría participa del camino marcado por Savigny y por Bonfante; para este último la cuestión en las fuentes romanas queda imprejuizada (ver n.22, II *Studio*, p.166-167).

²⁸ No se debe confundir la relación contractual en la que se exige la "manifestación de voluntad", consciente e intencional, con aquellas relaciones jurídicas, como apunta BONFANTE, [n.22, III *Studio*] p.176 y en [n.22, IV *Studio*] p.206, en las que se requiere que se basen en la voluntad reconocible y demostrable, si fuera necesario, pero que no tiene por qué ser manifestada explícitamente (como en el *animus possidendi* o del *dereliquendi*). Estos *animi* no se declaran, sin perjuicio de que pudiera exigirse la demostración de su existencia. Sin embargo, la voluntad contractual ha de manifestarse frente a la otra parte contractual.

Como puede verse, existían ciertos mimbres en derecho romano, pero insuficientes *per se* para deducir de ellos una regla tan genérica y rotunda como *qui tacet, consentire videtur*. La recepción de estas fuentes por la glosa medieval influyó en ello.

2.4. Recepción por los canonistas a través de la glosa

Como antes se ha dicho, el autor que incorporó al *Liber Sextus* el principio *qui tacet*, Dino da Mugello, no era un canonista sino un romanista. Los materiales canonísticos no debieron quizás tener gran influencia en su pensamiento, dado que los desconocía²⁹. Sus fuentes debieron ser romanas. Y por ello sorprende la regla 43, inexistente en Roma, pero que a la vista de lo dicho pudo fundarse sobre textos romanos, sin perjuicio de que el terreno estuviera también abonado por las ya citadas situaciones en las que el Derecho canónico había dado relevancia al silencio³⁰.

El estudio de la Glosa de Acursio en relación al silencio realizado por Magni apunta a que el punto de partida era la idea general que la *taciturnitas* no tenía valor de consenso cuando se trataba de *alicui obligando* (salvo alguna excepción), es decir, que en general una persona no se obliga con el mero silencio³¹. Sin embargo sí se mencionaban varios pasajes romanos en los que bastaba la *patien-*

²⁹ En el Sexto, sin embargo, se contienen manifestaciones concretas de silencio en sentido positivo que estaban ya en el Decreto de Graciano. A juicio de AYALA, [n.9] pp.38-39, la casuística está más elaborada en las Decretales, en las que hay un abandono de los textos ético-religiosos; de otra parte, se trata el tema en la regulación del proceso canónico, el de los esponsales de los hijos, que quedan obligados, tanto si consienten expresamente, como si están presentes y no contradicen. Son casos en los que la aproximación del silencio al consentimiento, es un efecto de principios de orden superior como *favor parentum* o *favor religionis*. De ahí que lo más importante sean las dos reglas 43 y 44 en la que se enmarca esa casuística. A juicio de AYALA, [n.9] pp.38-39, la casuística está más elaborada en las Decretales, en las que hay un abandono de los textos ético-religiosos; de otra parte, se trata el tema en la regulación del proceso canónico, el de los esponsales de los hijos, que quedan obligados, tanto si consienten expresamente, como si están presentes y no contradicen. Son casos en los que la aproximación del silencio al consentimiento, es un efecto de principios de orden superior como *favor parentum* o *favor religionis*. De ahí que lo más importante sean las dos reglas 43 y 44 en la que se enmarca esa casuística.

³⁰ SCHWARTZE, [n.3] pp.122-143.

³¹ En la Glosa de Acursio a la regla del Digesto 50,17,142, se define la *taciturnitas* como “*tenet medium inter consentire et contradire*”, un término medio entre el consentimiento y el disenso.

tia³² o el *non contradicere*, aquellos a los que ya hemos hecho referencia, como los relativos a los esponsales, al matrimonio, a la *actio tributoria*³³, fundamentalmente. Sin embargo, cuando se trata de situaciones procesales (*praeiudicium* o *exceptio*), sí consideraba aplicable el principio *qui tacet consentit*³⁴.

Esto es, parece que los juristas de la Alta Edad Media estaban de acuerdo en que algunos textos romanos el silencio se interpretaba como consentimiento, aunque no tuvieran una regla general. Los glosadores aceptaron esta idea y los canonistas anteriores al Sextus admitieron la regla *qui tacet, consentire videtur*, sobre la base de textos romanos, muchos de ellos señalados por los glosadores³⁵ y también sobre las normas canónicas contenidas en el Decreto de Graciano antes mencionadas³⁶. Sin perjuicio de que ninguno de ellos pueda servir de muestra del silencio como manifestación de un consentimiento en sentido propio y verdadero³⁷, dado que es distinto “no contradecir” que “consentir”.

³² Según MAGNI, [n.9] pp. 74 ss., Accursio apuntaba a ciertas excepciones en las que “*patientia habetur pro consensu*”.

³³ A los que se añade una constitución relativa al *Senatusconsultum Velleiano*, en la que entendió que el consentimiento sí se desprende del silencio y además en ámbito estrictamente contractual. Se trata de Cod. 4,29,5 (Imp. Alexander a Popilia): *Si sine voluntate tua res tuae a marito tuo pignori datae sunt, non tenentur. Quod si consensisti obligationi sciente creditrice, auxilio senatusconsulti uti potes. Quod si patientiam praestitisti, ut quasi suas res maritus obligaret, et ideo tibi non succurretur senatusconsulto, quo infirmitati, non calliditati mulierum consultum est.* (224 aC). No se percataron de que quien calla, en este caso, tenía una actitud dolosa y para justificar la aplicación a un contrato del principio *qui tacet*, no encontraron mejor argumento que recurrir a la naturaleza de contrato real (*pignus*).

³⁴ Según MAGNI, [n.9] p.83, la regla estaba ya presente en la escuela prebolognesa y en los juristas preirmerianos (antes de los glosadores). Añade que estos juristas pudieron tener influencias germánicas, si bien es difícil de probar. Ver STEIN, [n.6] pp. 124-130.

³⁵ Según BETTETINI, [n.9] p. 47, n.9, los canonistas suelen situar el origen de la regla 43 del *Liber Sextus* en Dig. 24, 3, 2 (Ulp, *ad Sab.* 35), relativo al consentimiento de la hija en la constitución de la dote, para lo que bastaba la simple no contradicción. También AYALA, [n.9] p.40, apunta a este texto con el nombre de *Lex Voluntatem*.

³⁶ Esta parece ser la tesis del Papa Inocencio IV (Sinibaldo dei Fieschi) cuya opinión es recogida por AYALA, [n.9] p. 42-43 y MAGNI, [n.9] p. 85.

³⁷ Cfr. DONATUTI, [n.22] p.465. Sin perjuicio de que como dice este autor puedan valer como “manifestación de *patientia*”.

Hay que tener presente que en la etapa medieval se despierta un gran interés por las reglas jurídicas³⁸. Ese interés de los glosadores en las *regulae* fue la manifestación de una tendencia general a abstraer y generalizar las decisiones encontradas en los textos legales romanos, y explorar y hacer explícita su relación entre ellas. Pero los glosadores no limitaron el término *regula* a proposiciones descritas como tales en los textos, o aquellas contenidas en el título *De regulis*³⁹. Eso es lo que aconteció con la regla *qui tacet, consentire videtur*, respecto a la que puede decirse que procede del campo romanístico, ya que se forjó a partir de la interpretación medieval de los textos romanos.

Pero aunque se basara en textos romanos y sobre unos precedentes canónicos, lo cierto es que se fue más allá de la inducción⁴⁰. Apunta Stein que en unos pocos casos las proposiciones del último título del Sexto tenían poco apoyo en los textos, adquieren vida y fuerza al ser oficialmente consagradas como *regulae* en esta obra. La regla 43, en mi opinión, puede ser un buen ejemplo. Con la elaboración de esa regla amplia y general que equiparaba el silencio al consentimiento se dio un salto cualitativo que en absoluto estaba justificado con los materiales previos existentes. Según los ejemplos vistos, ni la jurisprudencia romana ni el derecho canónico pretendió atribuir al silencio el valor de consentimiento *per se*, sino sólo al servicio de unos intereses determinados (familiares, ecle-

³⁸ Según GÓMEZ CARBAJO DE VIEDMA F, en *Textos de Derecho romano*, Domingo R. (dir.), Pamplona, 2002, p.301, el estudio de las reglas de derecho atrajo ampliamente la atención durante la Edad Media en la que se hizo habitual para ellas la denominación de *generalia* o de brocarda, palabra ésta de origen oscuro que algunos hacen derivar de Burchard, obispo de Worms (XI), autor de una conocida colección de Decretos (ca 1120). Por el contrario, KANTOROWICZ, "The *quaestiones disputatae* of the glossators", citado por STEIN, [n.6] p.131, apuntó que la palabra brocardo es una derivación de *pro* y *contra*. Según Baldo, el primero en publicar un repertorio de brocardos fue Pillius da Medicina (ca. 1150-1207) y poco después Azón. En España, el Código de las Siete Partidas (a.1265), el título XXXIV de la Partida VIII incluye también un cuerpo de reglas jurídicas, con carácter supletorio. Se define regla como: *la ley dictada breuemente con palabras generales, que demuestra ayna la cosa sobre que habla; e ha fuerça de ley, fueras ende en aquellas cosas, sobre que fablase alguna ley señalada de aqueste nuestro libro, que fuesse contraria a ella. Ca estonce, deue ser guardado lo que la ley manda, e non lo que la regla dize.*

³⁹ STEIN, [n.6] p.131.

⁴⁰ [n.6] p.150.

siásticos), de carácter más bien público, que encontraríamos en cualquier ordenamiento, movido por la necesidad de flexibilizar el rigor de un derecho antiguo o bien incorporar consensos nuevos, en los que al principio basta con el silencio (*non contradicere*). El *non contradicere*, no oponerse verbalmente producía efectos, pero de ahí no debió deducirse que callar (*tacere*) signifique consentir.

En rigor, por lo tanto, la regla 43 no es el resultado de una inducción de varios textos legales dispersos y de análogos fundamentos jurídicos, sino más bien una generalización excesiva en todos los sentidos.

3. Su incorporación al *Corpus Iuris Canonici* e influencia posterior

A pesar de que no estaba justificada la formulación de una regla tan amplia como la *qui tacet, consentire videtur*, lo cierto es que una vez incorporada en el *Liber Sextus Decretalium*, adquirió la sanción del legislador de la Iglesia, y se convirtió en norma legal de interpretación. Además, inserta en el *Corpus Iuris Canonici*, pasó a través del Derecho canónico al Derecho común. Los Tribunales de la Iglesia eran competentes en materia civil, jurisdicción que ejercían con frecuencia no sólo a causa del privilegio del foro de los eclesiásticos, sino también porque entendían de asuntos entre seculares. Y en este sentido tenían ocasión de aplicar con frecuencia el Derecho romano.

Pero desde el principio, la redacción de esta regla en términos tan generalistas, generaron incomodidad y los canonistas veían la necesidad de limitar su significado y de hacerla compatible con la regla 44⁴¹, aparentemente contradictorias. Ha de tenerse en cuenta que una interpretación literal de la misma, podía generar abusos. Máxime cuando se pretendiese su aplicación a relaciones contractuales, ajenas a su génesis histórica.

En consecuencia, la doctrina canónica posterior intentó atenuar su contenido⁴². Incluso, el mismo Dino da Mugello consideró que

⁴¹ Fue recogida en las Partidas: ahora regla 34 (Partida VIII, título XXXIV): *tacens non fatetur, sed nec negare videtur. Aquel que calla, non se entiende que siempre otorga lo que dicen, maguer non responda; mas esto es verdad, que non niega lo que oye.*

⁴² Véase el recorrido por las opiniones de la tradición canónica, examinando la opinión de los diferentes canonistas, que realiza AYALA, [n.9] pp. 41-61 que no

las dos reglas tenían el mismo campo de aplicación, pero que la 43 exigía determinados requisitos de aplicación: en primer lugar, exigía de quien calla, que tuviera conocimiento del contenido y efectos sobre aquello que guarda silencio; en segundo lugar, que el que calla hubiera podido impedir el acto; y por último, que el acto fuera favorable al que calla, en caso contrario se aplicaría la regla 44⁴³.

4. Vigencia socio-jurídica del aforismo

Del Derecho canónico pasó al Derecho común y así se difundió en los sistemas jurídicos continentales⁴⁴. En el siglo XX, ambas reglas 43 y 44 desaparecen del *Código de Derecho canónico*, y no se regulan de otra forma los efectos del silencio. La regla *qui tacet consentire videtur* ha de entenderse derogada en el ámbito canónico⁴⁵.

No obstante, su amplia difusión en la cultura jurídica y su utilización como sentencia común en la vida diaria, le otorgan el valor de ser un aforismo que goza de gran crédito social. Su redacción lacónica ha facilitado que de forma casi inconsciente se incorpore a nuestro pensamiento, pero el Derecho que aspira a dotar de la mayor seguridad posible a las relaciones jurídicas no puede dejar de afirmar que callar y consentir son cosas distintas (*aliud est tacere, aliud est consentire*). Por lo tanto, el que calla, de ningún modo consiente, en el sentido de otorgar un asentimiento. Difícilmente responde la expresión *qui tacet, consentire videtur*, a lo que según Paulo era una *regula iuris* (D.50,17,1): *est quae rem*

llegaron nunca a una doctrina unitaria (pp.71-78) y la jurisprudencia rotal (pp. 61-65).

⁴³ Una síntesis de su tesis sobre el silencio puede verse en AYALA, [n.9] pp. 44-46 y en SCHWARTZE, [n.3] pp. 124-133.

⁴⁴ Ambas suelen aparecer en los repertorios de *regulae iuris*: la 44, de procedencia justiniana en: LIEBS, [n.6] p.191 *regula* 146; DOMINGO, [n.6] p.315, *regula* 300; MANS PUIGARNAU, [n.6] p.LIV. Y la regla 43: *Qui tacet, consentire videtur*, en: LIEBS, [n.6] p.177, *regula* 80; MANS PUIGARNAU, [n.6] p. 193; GOMEZ CARBAJO DE VIEDMA, [n.6] p.234 *regula* 414, la clasifica expresamente entre las reglas forjadas en la tradición romanística.

⁴⁵ Según AYALA, [n.9] p.71, ni siquiera podría considerarse como principio general de derecho, teniendo en cuenta que no es el resultado de una inducción obtenida sobre textos legales dispersos y de análogos fundamentos jurídicos. Le falta veracidad formal y su contenido es injusto por la inseguridad que da a las relaciones jurídicas.

quae est breviter enarrat (la que describe brevemente algo tal cual es).

Ello sin perjuicio de que el Derecho (bien *ex lege* o *ex voluntate*) imponga en ocasiones a quien calla obligaciones derivadas no sólo de su silencio, sino de la obligación de hablar, pudiendo hacerlo, conforme a la buena fe. En tales casos no es que el Derecho asimile silencio a consentimiento, sino que los efectos son la consecuencia del silencio⁴⁶.

Los Tribunales se han encargado de delimitar esta difícil cuestión, de nuevo de actualidad en nuestra sociedad, en la cual los modernos mecanismos de contratación electrónica y la rapidez con la que se transmiten las ofertas contractuales, ponen de relieve la necesidad de claridad de conceptos respecto al consentimiento y las formas en que éste puede manifestarse. Mientras tanto, sobrevive el aforismo “quien calla, otorga” como parte de nuestro subconsciente jurídico colectivo.

⁴⁶ Son muchas las referencias doctrinales en Derecho moderno sobre el tema. Destacaremos sólo algunas representativas en Derecho francés (RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit français et allemand*, 1961; CARBONNIER J., *Derecho civil*, t. II, vol. II, trad. M. Zorrilla, Barcelona, 1971; GODÉ P., *Volonté et manifestations tacites*, Paris, 1977) y en Derecho español (DE DIEGO C., *El silencio en el Derecho*, Madrid, 1925; GOMEZ CALERO J., “Valor jurídico del silencio”, *Revista General del Derecho*, junio 1961, pp. 510-520; DE CASTRO Y BRAVO F., *El negocio jurídico*, Madrid, 1967; SOTO NIETO F., “Estimación jurídica del silencio”, *Derecho vivo*, Madrid, 1970).