

SILENCIO Y MANIFESTACION DE VOLUNTAD EN DERECHO CANONICO

*aliud est tacere
aliud consentire*

INTRODUCCIÓN

EL SILENCIO EN EL DERECHO

1. *Silencio y norma jurídica.*

Aunque el derecho positivo tiene la eterna ambición de encerrar en sus normas todas las manifestaciones de la conducta humana que se refieren a la vida comunitaria, hay momentos en que ese deseo de uniformidad se ve frustrado por la variedad de sentidos que palpita en la vida de las sociedades¹. Tal fenómeno no implica necesariamente una injusticia en el legislador. Puede a veces serlo, pero en la mayor parte de los casos lo único que sucede es que el derecho se ha encontrado en el terreno de sus propios límites.

Uno de esos momentos aparece cuando se pretende circunscribir en los moldes de una norma el contenido jurídico del silencio. Del fenómeno psicológico, tan diverso, a la unidad normativa que siempre el derecho pretende, hay una gran distancia: la que separa la individualidad subjetiva del hombre del carácter objetivo y social de la norma. De ahí nace para el derecho una no pequeña dificultad, porque tan pronto como esa distancia se olvide, el hombre pretenderá que el ordenamiento se acomode a la peculiaridad de sus situaciones personales; pero, a su vez, la norma tendrá la pretensión de agotar, en el supuesto de hecho que contemple, todas las posibles actitudes jurídicas del hombre que, simplemente, calla.

1. Vid. en este punto las observaciones de DONA, *Il silenzio nella teoria delle prove giudiziali*. Torino, 1929. págs. 18-23.

La frase «quien calla otorga», a pesar de su comprobada inexactitud, es tenida como sentencia común en la vida diaria. Ni las numerosas excepciones que se le reconocen bastan para destruir el crédito de que el aforismo goza². Sin embargo, para un jurista, que silencio y consentimiento no sean siempre lo mismo, es algo que se desprende de la propia vida del derecho. ¿Qué es, pues, jurídicamente, el silencio? ¿Qué lugar ocupa en el conjunto de los fenómenos jurídicos? ¿Cabe una regulación uniforme de ese comportamiento en la vida del derecho? Son preguntas a las que, en beneficio de la certeza jurídica, es preciso responder.

Sin embargo, esa respuesta no carece de dificultades. Baste observar que el problema existe en todos los ramos del derecho, con su natural corolario de teorías y opiniones diversas.

En realidad, siempre que se ha intentado dar un fundamento único a las situaciones o actos en que a la simple pasividad de un sujeto aparecían vinculados ciertos efectos jurídicos, las características profundamente personales del silencio han movido no pocas —e insolubles— dificultades a las teorías en litigio. La razón de ese hecho ya ha sido antes apuntada: al propósito unificador del derecho responde enérgicamente la propia vida, que no acepta la pura y simple equiparación entre el silencio de una persona y una manifestación de voluntad. Por eso, en el fondo, bajo la modesta apariencia de un problema limitado, se esconde una nueva manifestación de ese dualismo que tantas veces perturba la tranquila posesión de un orden de cosas que se considera definitivo, dualismo que sitúa el respeto a la persona frente a una supuesta estabilidad del comercio jurídico.

Esas características hacen que el problema se revista de especial interés en el derecho canónico. En su seno, y por la peculiar naturaleza del derecho de la Iglesia, siempre existe una exigencia íntima de dar su justo valor a todas las manifestaciones, por pequeñas que sean, de una intención o de una voluntad jurídicas. El silencio, en cuanto puede ser una manifestación de voluntad, ha de requerir, por tanto, un trato de especial delicadeza. Pero tampoco podemos olvidar que, durante siglos, los expositores y comentaristas del derecho canónico han ejercido un poderoso influjo en el planteamiento del problema y

2. Incluso en el terreno jurídico. Con razón dice BONFANTE: «Questo perenne risorgere di una dottrina che equipara il tacere al parlare è di certo impressionante. Se la teoria non ha base logica, qual è la ragione della sua tenace resistenza?» Cfr. *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, en «*Scritti giuridici varii*», Torino, 1921, t. III, pág. 158.

en las diversas tentativas de solución. Incluso por ese motivo, el tema de la eficacia jurídica del silencio merece una detenida consideración.

2. Perfil jurídico del silencio.

Antes de nada, conviene precisar la noción jurídica del silencio para separarla de fenómenos análogos irrelevantes ante el derecho y delimitar esa figura de otras que le son afines. El cuidado no es superfluo. Ya un antiguo canonista, Reiffenstuel, al comentar la regla 43 del Sexto de las Decretales —«is qui tacet, non fatetur: sed nec utique negare videtur»—, prevenía: «Aunque esta regla, según su sentido gramatical, se entiende fácilmente, casi todos los autores reconocen que es difícilísimo explicar su sentido jurídico»³. Por tanto, bien podemos retener la advertencia de que, al margen de consideraciones de otra índole, hay un problema estrictamente jurídico cuyos términos conviene precisar.

En general puede decirse que el silencio de una persona tiene o puede tener transcendencia jurídica siempre que el derecho requiere la existencia, mejor dicho, la manifestación de una voluntad o la toma de posición ante un hecho. Por eso, cuando la norma no establece un tipo determinado de comportamiento para la producción de ciertos efectos jurídicos, ante un silencio, sea cual fuere la forma de que se revista —expreso ante una interrogación directa, actitud o simple hecho de no responder o de no reaccionar ante situaciones o conductas capaces de acarrear consecuencias jurídicas, etc.— pueden darse tres interpretaciones.

En primer lugar, entender el silencio como una actitud o un hecho absolutamente indiferentes desde el punto de vista jurídico, de tal modo que permanezcan en suspenso los efectos propios de la manifestación de voluntad. Con esta interpretación no se prejuzga que exista o no una voluntad, o que se verifique o no una relación determinada entre una persona y unos supuestos de hecho. Lo único que sucede es que el ordenamiento no considera suficiente el silencio para la producción de los efectos que corresponden a una voluntad manifestada.

O bien puede entenderse que el *tacere* constituye una actitud intermedia entre la afirmación y la negación, pero que a pesar de todo es susceptible de una calificación jurídica, según las circunstancias e

3. *Ius canonicum universum*, Venetiis, 1735, t. IV, pág. 67.

intereses afectados por ese silencio. En este caso, es función de la doctrina precisar cuándo debe interpretarse el silencio como un consentimiento y cuándo como un disentimiento o una negación.

Por último cabe una tercera posibilidad: atribuir al silencio el valor de un consentimiento o de un disenso en todos los casos en que pueda presentarse. De este modo, la norma prescindiría de que en el silencio hubiese o no una voluntad formada, de que existiera en él una declaración o una manifestación de voluntad. El derecho atribuiría a la simple pasividad de un sujeto el valor o los efectos jurídicos previstos en la norma para el consentimiento o el disentimiento.

Nos movemos pues en el terreno de las presunciones. De ahí que, si se hace necesario aceptar la existencia del silencio como figura jurídica peculiar, habríamos de situarla en el ámbito de las presunciones «*iuris tantum*», con las consecuencias inherentes a esa naturaleza.

Conviene separar claramente el silencio de las dos figuras más próximas a él y susceptibles, por eso, de engendrar alguna confusión: el reconocimiento tácito de un hecho y la manifestación tácita de voluntad. En ambas se requiere la existencia de circunstancias o indicios que autoricen a atribuir un determinado sentido a la actitud pasiva de un sujeto. Por el contrario, la característica propia del silencio es la ausencia de esos indicios o circunstancias. Tan pronto como aparecen salimos de su terreno para encontrarnos en los dominios de la manifestación tácita de voluntad.

En el mismo orden de ideas es necesario proceder a la distinción entre el silencio que produce efectos de por sí, por su carácter sustantivo, y el silencio que apenas constituye un supuesto de hecho de otras figuras autónomas en las que aparece como elemento subsidiario. Claro está que sólo en el primer caso puede hablarse del silencio como figura específica que exigiría una regulación determinada. En los demás la eficacia jurídica del silencio sería un simple efecto del régimen de la figura principal.

Por eso no cabe hablar propiamente de silencio cuando un comportamiento tiene su causa en la ignorancia, sea de hecho o de derecho. Los efectos jurídicos no proceden del silencio sino de la ignorancia y, desde luego, no aparece propiamente el problema puesto que la ignorancia impide la formación de una verdadera voluntad⁴. Del mis-

4. «*Sciendum est primo quod si tacens ignoret actum fieri, numquam censebitur consentire. Ratio est, quia consensus ferri non potest in illud, quod est omnino ignoratum. nec dicitur volitum nisi illud, quod vel aliquo modo scimus, vel scire te-*

mo modo, para proceder con rigor, hay que prescindir de los casos en que el silencio obedece a una verdadera reserva mental del individuo. En ese punto el problema se centrará en la valoración que el derecho atribuya a la divergencia entre la voluntad real y cualquier ulterior manifestación de voluntad. Y algo análogo hay que decir cuando el silencio supone, ante la norma positiva, una actitud dolosa cuyos efectos están previamente determinados.

Es decir que, en última instancia, el silencio adquiere su fisonomía propia en el ámbito del derecho cuando, al margen de figuras semejantes y no teniendo otro fundamento de eficacia que no sea él mismo, provoca una situación de la que pueden derivarse unos efectos jurídicos determinados, bien respecto a la persona que calla bien en relación a terceros. Para el caso, no tiene demasiada importancia que en el silencio se contenga una voluntad plenamente formada o que esa voluntad no esté definida en un sentido o en otro. Lo que interesa es determinar si puede interpretarse como manifestación de voluntad en el orden jurídico la actitud de quien calla, sin dar a conocer por el menor indicio el contenido de esa voluntad.

A la luz de estos presupuestos se comprende que la preocupación de buscar un criterio unitario para resolver las situaciones de silencio exige una revisión previa de los fundamentos de donde proceden los efectos que les son atribuidos en cada caso determinado. Del mismo modo que será necesario tener en cuenta si las exigencias del derecho se centran sobre el supuesto de una voluntad o sobre el de una declaración, diferencia que sitúa en su verdadero lugar el problema que nos ocupa.

3. *Las tesis en litigio.*

En el ordenamiento canónico el silencio apareció de forma incidental como solución práctica para situaciones jurídicas determinadas. Sin embargo, la abundante casuística en la que se verificaba una atribución de efectos a la simple *taciturnitas*, llevó a la elaboración de un cuerpo de doctrina en que el silencio aparece, con mayor o menor relieve, como una figura jurídica peculiar.

No obstante, si esa doctrina se caracteriza por el común denominador de una aceptación de los efectos jurídicos del silencio, la diversi-

nemur». (BARBOSA, *Collectanea doctorum in ius pontificium universum*, Lugduni, 1714. t. IV, pág. 360).

dad de opiniones hace su entrada —tal como en las demás ramas del derecho— en el momento en que se busca el fundamento de esa eficacia. En rigor nunca se ha llegado a un criterio pacífico⁵, pero sin embargo pueden reducirse a cuatro las tesis fundamentales.

La primera de ellas, apoyándose en el brocardo canónico «qui tacet consentire videtur», mantiene con carácter general que el silencio equivale a consentimiento o aceptación de lo que se propone o pregunta.

Otra opinión se fija, ante todo, en la naturaleza de las consecuencias que se derivan del acto o negocio que podría concluirse por una simple pasividad. Cuando el resultado es favorable a quien calla, ese silencio debe interpretarse como un consentimiento, al paso que debe considerarse como discrepancia cuando se trata de materia perjudicial.

Una tercera teoría entiende que es decisiva la situación de la persona, en la medida en que es interrogada y debe responder o se le plantea un acto o un negocio ante el que tiene el deber de tomar una actitud. De acuerdo con estos supuestos, la tesis mantenida es que quien calla cuando puede y debe hablar se entiende que consiente, sean cualesquiera los efectos que de ahí se deriven.

Finalmente una cuarta postura rechaza la posibilidad de un tratamiento uniforme de los casos de silencio, negando relevancia jurídica a esta figura. El silencio quedaría, pues, reducido a una mera cuestión de hecho que la norma prevé de algún modo y en casos determinados o que, de lo contrario, no postula el rango de una doctrina general.

Y después de estas sumarias ideas, podemos entrar en el estudio del problema tal como se plantea en el orden jurídico canónico.

EVOLUCION HISTORICA

A) LAS FUENTES

4. Observaciones preliminares.

Ya se ha indicado que el silencio con efectos jurídicos aparece en el derecho canónico de modo incidental y con un carácter puramente

5. La bibliografía sobre el tema es muy abundante, sobre todo en derecho civil y mercantil. En derecho canónico el único trabajo moderno es el de MAGNI, *Il silenzio nel diritto canonico*, en «Rivista di diritto privato», 1934, págs. 50 y ss., 113 y ss., de especial interés para la exposición histórica de las diferentes doctrinas.

casuístico. Por eso en las fuentes no adquiere el carácter de un problema general hasta que, en las Decretales, se formula el principio *qui tacet consentire videtur*, acompañado por otro de clara estirpe romana: *is, qui tacet, non fatetur; sed nec utique negare videtur*. Veremos que el resultado de esa generalización fue tornar más arduo y espinoso el trabajo de la doctrina; pero al menos tuvo el mérito de proporcionar una ocasión ineludible de concentrar sobre el silencio un interés que antes se vertía solamente sobre una casuística enojosa.

Por lo que se refiere al Decreto de Graciano, cabe notar que la *taciturnitas* se halla envuelta en una problemática de índole moral, sin que los casos de silencio sean tratados con demasiado rigor jurídico en bastantes ocasiones. No siempre es fácil penetrar en la razón de ser de los textos, en la doctrina jurídica que presuponen; pero su imprecisión no es obstáculo para ver un concepto muy amplio de la manifestación de voluntad en que la pura y simple «taciturnitas» juega con características diversas.

Muy otro es el panorama que encontramos en las Decretales. La precisión de los textos obedece a una mayor elaboración doctrinal que encuadra la casuística antigua en unos moldes más rigurosos, tanto en la misma concepción del silencio como en la valoración de los efectos que le son atribuidos. Ese proceso de madurez desemboca en la teoría general implícita en las dos reglas de derecho antes mencionadas.

En materia de terminología la figura que se entiende como silencio se presenta con diferentes denominaciones. Además de la usual, «taciturnitas», encontramos: el «*silentium*», de escasa aplicación y apenas empleado en los textos legales, que conceden preferencia al primer vocablo; el «*non contradicere*», el «*non prohibere*» o el «*tolerare*», éste último con matices propios al referirse a la doctrina de la tolerancia canónica; el «*scire et non contradicere*», el «*praesens esse et non contradicere*», el «*pati*» en su aspecto jurídico; finalmente el «*dissimulando consensere*», cuando implica una actitud meramente pasiva.

Esta variedad de expresiones alrededor de un tema común, pone de relieve la flexibilidad con que las fuentes acogen el tema del silencio. Es lógico que así suceda, tanto por el carácter ocasional de los asuntos en que se plantea como por la especial contextura de las fuentes de que se trata.

5. El Decreto de Graciano.

Los cánones del Decreto que se refieren al silencio oscilan entre márgenes muy amplios: desde la afirmación de su carácter preceptivo como virtud, considerándolo como un «cultus iustitiae»⁶, hasta su equiparación al silencio en casos de grande importancia jurídica. Veamos, pues, los textos más expresivos.

En el terreno ético-religioso se indica la posibilidad de que existan consecuencias relevantes, tanto en el hecho de hablar como en el de callar, cuando el que calla, con su silencio huye de un deber al que está obligado⁷. Por eso, cuando la fe es discutida, existe la obligación de responder a las preguntas formuladas, en virtud de la utilidad pública espiritual de los fieles⁸. Y yendo más lejos el Decreto insinúa el principio general de que quien tiene el deber de hablar o de realizar un acto, no puede dejar de hacerlo sin incurrir en negligencia culpable⁹.

Más que una relación entre silencio y manifestación de voluntad se trata ahí de responsabilidades nacidas de una negligencia. Es lógico, por eso, que en esos casos los efectos se deriven de razones de orden público espiritual que siempre presiden el derecho de la Iglesia¹⁰. Sin embargo, no deja de tener interés ese planteamiento ético del silencio, en la medida en que corresponde a un acto humano jurídicamente relevante. Por tanto no es de extrañar que ese deber de hablar que se presupone tenga tanto peso en la configuración de la doctrina.

6 c. 3 *In loco*, C. I, q. 1.

7. c. 1 *Sit rector*, dist. 43: «*Sit rector discretus in silentio, utilis in uerbo, ne aut tacenda proferat, aut proferenda reticescat. Nam sicut incauta locutio in errorem pertrahit, ita indiscretum silentium hos, qui erudiri poterant, in errore derelinquit.*»

8. c. 2 *In mandatis*, dist. 43: «*Nam nichil omnino respondere auditorum causa utile non uidetur, ne forte estiment, nos responsionis penuria declinare certamen, et fides eorum ledatur non intelligentium propositum nostrum.*»

9. c. 6 *Si papa*, dist. 40: «*Si Papa suae et fraternae salutis negligens reprehenditur inutilis et remissus in operibus suis, et insuper a bono taciturnus, quod magis officit sibi et omnibus, nichilominus innumerabiles populos cateruatim secum ducit, primo mancipio gehennae cum ipso plagis multis in eternum uapulaturus.*»

En el mismo sentido pero con resultados de carácter jurídico el c. 9 *Si forte*, dist. 65: «*Si forte in prouincia unum tantum remanere episcopum contigerit, superstes episcopus conuocet uicinae prouincie, et cum eis ordinet comprouinciales sibi episcopos. Quod si facere neglexerit, populi conueniant episcopos uicinae prouinciae, et illi prius commoneant episcopum, qui in eadem prouincia commoratur, et ostendant, quod sibi petant populi (episcopum) rectorem, et doceant iustum esse, ut ueniat ipse, et cum eis ordinet episcopum. Sed (quod) si litteris conuentus tacuerit, et dissimulauerit, nichilque rescripserit, tunc satisfaciendum est populis, ut (con)ueniant ex uicina prouincia (episcopi), et episcopum ordinent.*»

10. Vid. sobre este punto FEDELE, *Discorso generale sull'ordinamento canonico*, en «*Annali della Facultà di Giurisprudenza di Perugia*», Padova, 1941, págs. 51-53.

En el mismo orden de ideas deben ser considerados los textos que hablan de la corrección a quien yerra. En este punto, algún pasaje acepta la equiparación entre el silencio o la «patientia» y el asentimiento: «consentire videtur erranti, qui ad resecanda, quae corrigi debent, non occurrit»¹¹. No obstante, las normas de la tolerancia canónica rectifican esa excesiva generalización al hacer notar que, en ciertos casos, el silencio ante el mal no es un asentimiento sino una reprobación que no se manifiesta, ya en atención a la persona que yerra, ya para evitar males mayores o por la esperanza en una futura corrección¹². Claro está que el problema de fondo consiste en ver cuándo hay tolerancia canónica y cuándo existe el «contactus cordis» que permitiría hablar de un tácito asentimiento. Pero la cuestión no interesa aquí¹³.

En otra perspectiva son significativos los casos relacionados con materias sacramentales, no sólo por la postura adoptada en los textos, sino por su repercusión en el terreno de la doctrina, ya que proporcionaron

11. c. 5 *Consentire*, dist. 83. En el mismo sentido los cc. 2, 4 y 6 de la misma dist. Todavía va más lejos el Decreto al admitir en estos casos no sólo un consentimiento presunto deducido por la ley, sino la probabilidad de una actitud dolosa: «Error, cui non resistitur, approbatur, et ueritas, cum minime defensatur, obrimitur. Negligere quippe, cum possis perturbare peruersos, nichil est aliud quam fouere. Nec caret scrupulo societatis occultae, qui manifesto facinori desinit obuiare». (c. 3 *Error*, dist. 83). Doctrina análoga en c. 8 *Qui potest*, C. 23, q. 3.

12. El criterio de tolerancia viene así expuesto: «Tolerandi sunt quidem mali pro pace, nec corporaliter ab eis recedatur; sed spiritualiter exire est facere quod pertinet ad correctionem malorum, quantum licet pro gradu cuiusque, salua pace; displicere est non tangere» (c. 1 *Tolerandi*, C. 23, q. 4).

En todos los casos en que interviene la tolerancia, el silencio no lleva implícito un consentimiento sino una reprobación que no se manifiesta. Esa actitud se debe unas veces en atención a la persona que yerra: «sed quoniam simplicitatem tuam cum senectute nouimus, interim tacemus» (c. 11 *Tanta*, C. L., q. 7). Otras en orden a evitar mayores males: «...unde nec a tali consuetudine auerti possunt; et ideo cum uenia suo ingenio relinquendi sunt, ne forte peiores existant, si a tale consuetudine prohibeantur» (c. 6 *Denique*, dist. 4). Y más generalmente por tenerse en cuenta la futura corrección (c. 3 *Omnes*, dist. 47) y toda la «Quaestio de tolerantia».

Incluso hallamos aprobada la «praesentia et patientia» del obispo injuriado por un clérigo, estando aquel ante el ofensor (c. 27 *Inter* C. 23, q. 4).

13. Puede decirse que son las circunstancias quienes deciden sobre la existencia o no de una adhesión o sobre la posibilidad de una actitud indiferente. Por eso, si bien el que no comete un acto o no favorece al que lo comete «nullo modo sociatur» (c. 6 *Ita plane*, C. 23, q. 4), es reo no de «patientia» sino de negligencia culpable el que no pide auxilio contra los enemigos de la Iglesia, «non tam sui ulciscendi causa, quam tuendae ecclesiae sibi creditae» (c. 2 *Maximianus*, C. 23, q. 3).

Por otra parte, cabe la posibilidad de que el silencio de una persona ante hechos delictivos obedezca, no a una aprobación tácita, sino a una reprobación que no puede manifestarse jurídicamente por falta de pruebas oportunas: «Plerique boni uiri propterea sufferunt aliorum peccata, et tacent, quia sepe deseruntur publicis documentis, quibus ea, que ipsi sciunt, iudicibus probari non possunt» (c. 27 *Plerique*, C. 2, q. 7).

a los escritores antiguos las bases fundamentales de sus construcciones teóricas.

Así, por ejemplo, con referencia al bautismo de los adultos o de los que pueden expresar su consentimiento por palabras, el silencio se interpreta como una negativa, engendrando la invalidez del acto¹⁴. No obstante vale la pena hacer notar que, dada la naturaleza del asunto, la equiparación de efectos entre el silencio y la falta de consentimiento tiene su origen en la norma, al considerar esencial la voluntad del sujeto expresa de modo inequívoco.

Muy diferente es el criterio seguido en otros casos. Célebre en la historia del problema es el del siervo que entra en la cléricatura sin contradicción de su legítimo dueño: la no contradicción de éste en el acto de la lectura pública de la carta de libertad, se interpreta como un consentimiento¹⁵. Y esa doctrina se afirma de un modo más explícito al mencionarse el caso expreso de la ciencia y paciencia del señor: «Si servus, sciente, et non contradicente domino, in clero fuerit ordinatus, ex hoc ipso (quod constitutus est) liber et ingenuus erit»¹⁶. Caso típico de equiparación del silencio al consentimiento en materia perjudicial al que calla, con la aparición de un principio —el «favor ordinis» de que hablan los autores— superior a la voluntad individual y que fundamenta la aplicación de efectos iguales a los del consentimiento: «ex hoc ipso (quod constitutus est)».

Todavía podemos recoger un par de casos en materias afines. Así el electo para diácono, si durante la ordenación calla, se entiende que acepta la obligación de guardar el celibato¹⁷. En cambio, si se verifica una protesta del ordenando en el acto de la ordenación y se da la «patientia» del obispo, ese silencio equivale a una autorización para

14. c. 77 *Cum pro paruulis*, dist. 4 *De cons.*: «Cum pro paruulis alii respondent, ut impleatur erga eos celebratio sacramenti, ualet utique ad earum consecrationem, quia ipsi pro se respondere non possunt. At si pro eo, qui respondere potest, alius respondeat, non itidem ualet. Ex qua regula illud euangelii dictum est, quod omnes, cum legitur, naturaliter mouet: Etatem habet, pro ipse se loquatur».

15. c. 2. *Nulli*, dist. 54: «Nulli de seruili condicione ad sacros ordines promouentur, nisi prius a dominis propriis legitimam libertatem consequantur; cuius libertatis charta ante ordinationem in ambone publice legatur, et, si nullus contradixerit, rite consecrabuntur». Sin embargo, confróntese con el c. 19 *Si seruus*.

16. c. 20 *Si seruus*, dist. 54.

17. c. 1 *Diaconus*, dist. 27: «Diaconus qui eligitur, si contestatus fuerit pro accipiendi matrimonio, et se dixerit in castitate permanere non posse, hic non ordinetur. Quod si in ordinatione tacuerit et ordinatus fuerit, et postea matrimonium desiderauerit, alienus sit a ministerio, et uacet a clero». Como es habitual en estos casos, los antiguos canonistas hablan aquí de un «favor castitatis» que actúa como «ratio» del precepto.

contraer nupcias¹⁸. En ambos casos se da una cierta semejanza, ya que la norma decide contra el que calla, equiparando los efectos del silencio y del consentimiento en materia de suyo onerosa.

Con referencia a la mujer que ingresa en religión en edad que requiere el consentimiento de los padres pero sin contar con él, encontramos una orientación semejante. Entre la autoridad de los padres que es preciso respetar y la voluntad de la hija, basta que los padres «consientan disimulando», para que el ingreso en religión sea válido¹⁹. La doctrina hablará de un favor «religionis» como elemento decisivo para explicar por qué la norma equipara los efectos del silencio a los del consentimiento en materia perjudicial.

En resumen puede decirse que el Decreto, a pesar de ciertas generalizaciones, no ofrece elementos suficientes para inducir la existencia de presupuestos de carácter dogmático. Con todo, es indudable o al menos podría así entenderse, que existe una cierta simpatía por la aproximación del silencio al consentimiento en un buen número de casos. ¿Se tratará, en realidad, de una verdadera asimilación entre los dos conceptos o sólo de una equiparación entre los efectos de ambos? ¿Serán apenas casos excepcionales? ¿Los datos existentes en el Decreto, autorizan a hablar de una posición genérica ante los efectos atribuidos al silencio?

Aunque todavía se haga de un modo rudimentario, tales son los problemas que, a la vista de los textos del Decreto, empieza ya a plantearse la ciencia canónica de la época.

6. Las Decretales

En la compilación gregoriana el cuadro varía sensiblemente. Por un lado los textos legales son más rigurosos, con un cierto abandono de los temas ético-religiosos. Por otro, al lado de la casuística encontramos principios de interpretación con fuerza legal que imprimen al problema un giro más preciso que en la época anterior.

18. c. 8 *Diaconi*, dist. 28: «Diaconi quicumque (cum), ordinantur, si in ipsa ordinatione protestati sunt, dicentes, se uelle habere uxores, nec posse se continere, hi, si postea ad nuptias uenerint, maneant in ministerio, propterea quod his licentiam dederit episcopus».

19. c. 2 *Puella*, C. XX, q. 2: «Puella, si ante XII. etatis annos sponte sua sacrum sibi assumpserit uelamen, possunt statim parentes eius uel tutores id factum irritum facere, si uoluerint. At si annum et diem (id) dissimulando consenserint, ulterius nec ipsi nec ipsa mutare (hoc) poterunt».

Otros casos interesantes pueden verse en c. 29 *Biduum*, C. 2. q. 6; c. 4 *Si quis*, C. 29. q. 2; c. 5 *Si femina*, C. 29. q. 2. También el c. 9 *Si forte*, dist. 65.

Hay textos de interés para apreciar las relaciones entre silencio y consentimiento. Así, por ejemplo, se acepta que el hecho de la pura y simple taciturnidad no supone aceptación cuando el silencio puede tal vez estar ocasionado por la imposibilidad de dar una respuesta²⁰. En sentido diverso y, al parecer, como garantía de estabilidad ante terceros, encontramos la equiparación entre los efectos de la «scientia et non contradictio» y el consentimiento: «...quod concessio decimae ab abbatissa prius facta, si conventu sciente et non contradicente facta est, robor firmum debet habere»²¹.

Prescindiendo de otros textos menos claros, en que, a pesar de su obscuridad, los autores buscarán el refuerzo de sus opiniones sobre el problema²², un nuevo campo, el del proceso canónico, ofrece algunas perspectivas. Dentro de él se establece que la negativa a responder debe interpretarse como confesión, es decir que, en materia judicial silencio equivale a asentimiento²³. Aunque esta postura —explicable dentro de la relativa madurez de las normas procesales de la época— procure atenuarse al admitir la posibilidad de una causa razonable para no responder, vemos que reaparece al considerar válida la inquisición sobre la verdad de los delitos, si el acusado se halla presente y no contradice²⁴.

En un terreno totalmente diferente ofrece notable interés un texto sobre los esponsales que los padres contraen por los hijos: sean púberes o impúberes, los hijos quedan obligados, tanto si consienten expresa

20. c. 52, X, *De electione*, I, 6: «Quum autem compertum non fuerit competenti tempore requisitum consilium de persona praedicti abbatis, et quando extitit requisitum, non fuit expectatum responsum nisi modico tempore, nec debeat aliis imputari, quod in tantum illi sibi tempus arctarant, electionem abbatis ipsius, non personae, sed electionis vitio duximus irritandam».

21. c. 2, X, *De his, quae fiunt a praelato*, III, 10: «...Verum si praefata abbatissa ignorante conventu aut contradicente decimam suam prius praedicto H. concessit, et non post multum temporis de assensu conventus eandem decimam dedit eidem, secunda concessio (quum tibi eam datam fuisse constat) debet praedjudicare priori».

22. Vid. p. ej. c. unic., *De iure patronatus*, III, 19 in VI.º; c. 2, X, *De praescript.*, II, 26; c. 55, X, *De electione*, I, 6; c. 2, *De electione*, I, 6 in VI.º

23. c. 2, *De confessis*, II, 9 in VI.º: «Si post praestitum veritatis aut calumniae iuramentum reus vel procurator ipsius, positionibus ab adversario sibi factis interrogatus, iussusque a iudice respondere, absque rationabili causa recuset, aut nolit, seu contumaciter se absentet: haberi debet super iis, de quibus in eisdem positionibus interrogatus extitit, pro confesso».

24. c. 2, *De accusationibus*, V, 1 in VI.º. Un caso de bastante interés aparece en el c. 1, *De procuratoribus*, I, 10 in Clem.: «Instrumento vel litteris, quibus te aliquis in causis suis procuratorem constituens pro te debito modo cavit, simpliciter, nulla facta protestatione, a te scienter receptis, non potes postea recusare defensionem illius; immo cogi poteris ipsum defendere in omnibus causis et negotiis, ad quae praedicta instrumenta seu literae se extendunt, quum per haec ad omnia tuum praestitisse videaris assensum».

o tácitamente como si están presentes y no contradicen²⁵. El legislador no precisa la diferencia entre el consentimiento tácito y el silencio, lo cual habría sido muy útil, aunque a fin de cuentas el texto da una solución fundamentada, no en una equiparación de conceptos, sino en un «favor parentum». De modo semejante encontramos una llamada al «favor religionis» para atribuir al silencio los mismos efectos del consentimiento, en este caso del consentimiento expreso: el profesado en una religión con conocimiento y sin contradicción de la mujer, una vez muerta ésta no puede abandonar la profesión religiosa²⁶.

Hasta aquí las Decretales se mueven también en el terreno de los casos concretos. En ellos también se aprecia la aproximación del silencio al consentimiento, pero no puede dejar de notarse que esa aproximación busca su apoyo en principios de orden superior para justificar, al margen de la voluntad individual y por tanto de la significación real del silencio, unos efectos que no están libres de discusión.

Como paso de la casuística al enunciado de las dos «regulae iuris» antes mencionadas, encontramos el conocido capítulo *Nonne bene* en que ya se adopta una posición de carácter general. Dice así el citado capítulo: «Nonne bene dicimus nos quia Samaritanus es tu, et daemonium habes? Respondit Jesus: Ego daemonium non habeo». Duo quippe ei illata fuerunt: unum negavit, alterum tacendo concessit»²⁷.

No se trata de una simple hipótesis de silencio, sino de una doble interrogación entendida por el texto legal de un modo bastante bizarro: la negación del contenido de una pregunta acompañada de un silencio respecto a la otra, hace presumir que ese silencio es un consentimiento. No obstante su falta de justeza lógica, la mayor parte de los canonistas aceptó la validez de esa interpretación, de modo que el texto no dejó de influir en todas las elaboraciones posteriores de la doctrina.

Sin embargo, hay que llegar al apartado «De regulis iuris» del Sexto de las Decretales para obtener, desde el punto de vista legislativo, una perspectiva de conjunto sobre el problema. En efecto, la regla 43 asienta esta afirmación: «qui tacet consentire videtur». Y la 44,

25. c. 1, *De desponsat. impub.*, IV, 2 in VI.º: «Porro ex sponsalibus, quae parentes pro filiis puberibus vel impuberibus plerumque contrahunt, ipsi filii, si expresse consenserint vel tacite, ut si praesentes fuerint, nec contradixerint, obligantur».

26. c. 10, X, *De convers. coniug.*, III, 32.

27. c. 10, X, *De praesumpt.*, II, 23. Puede verse una valoración de la alternativa en el c. 1, X, *De postulat. praelat.*, I, 5 y en el c. unic., *De postulat. praelat.*, I, 5 in VI.º.

con una notable divergencia, dice así: «is qui tacet, non fatetur: sed nec utique negare videtur».

Fácilmente puede comprenderse que los enunciados contradictorios —o aparentemente contradictorios— de ambas reglas, puestos en relación con los textos de alcance particular antes examinados, crearon un espinoso problema dogmático, al intentar la armonía entre tantos elementos dispares fundados en criterios diferentes. Veamos, pues, los términos estrictos en que la cuestión se plantea²⁸.

Por lo que se refiere al origen de ambos textos legales, la procedencia romana es unánimemente reconocida. La regla 44 reproduce la 142 del «De regulis iuris» del Digesto, con alguna pequeña variante de orden puramente gramatical: «qui tacet, non utique fatetur: sed tamen verum est, eum non negare». La aplicación procesal de esta regla en el derecho romano sirvió de criterio para el canónico y así, aunque no sin vacilaciones de buen número de canonistas antiguos, el sector más representativo de los escritores le fue atribuyendo progresivamente el terreno judicial como su ámbito propio de pertinencia.

En cambio la regla 44 es de origen más complejo. A través de la elaboración de Dino de Mugello²⁹, la ley *Voluntatem* (D. 24, 3, 2) referente al consentimiento de la hija en la constitución de dote —para lo que bastaba la simple no contradicción³⁰— pasó a formularse en el derecho canónico como un principio de alcance general que equiparaba el silencio al consentimiento: «quid tacet consentire videtur».

Entendidas de este modo, el sentido de ambas reglas —acertadas o no, es otra cuestión— aparece con bastante claridad. En la regla «qui tacet» se trata propiamente del consentimiento, admitiéndose como presunción que el silencio equivale al asenso de la voluntad. En cambio, el principio «is qui tacet» se refiere al simple hecho de hablar, de modo que aun cuando en el silencio se encierre un contenido volitivo,

28. Se expone solamente el lado externo del problema. Las interpretaciones dadas a las reglas de derecho serán recogidas más adelante.

29. *Commentaria in regulas iuris pontificii*, Lugduni, 1572. Vid. MAGNI. *Ob. cit.*, págs. 72-73.

30. D. 24, 3, 2, 1, *solutio matrimonio*, § 2: «Voluntatem autem filiae. cum pater agit de dote, utrum sic accipimus, ut consentiat, an vero ne contradicat filia? Et est ab Imperatore Antonino rescriptum, filiam, nisi evidenter contradicat, videri consentire patri. Et Iulianus libro quadragesimo octavo Digestorum scripsit, quasi ex voluntate filiae videri experiri patrem, si furiosam filiam habeat: nam ubi non potest per dementia contradicere, consentire quis eam merito credit. Sed si absens filia sit, dicendum erit, non ex voluntate eius id factum: cavendumque, ratam rem filiam habituram, a patre: ubi enim sapit, scire eam exigimus, ut videatur non contradicere».

la norma se limita a exponer que, de por sí, ese silencio no implica ni afirmación ni negación.

Tal como sucedió con respecto al campo de aplicación de ambas reglas, su diversidad substancial en cuanto al contenido no siempre fue vista con nitidez por los escritores. De ahí que, bastantes de ellos, hayan sentido la necesidad de coordinarlas para salvar su aparente contradicción. Y del mismo modo, el alcance general de estas reglas exigía el encuadramiento de los numerosos textos legales en el esquema de una doctrina unitaria. En este sentido, las «regulae iuris» ofrecían dificultades, pero al mismo tiempo proporcionaban un apoyo legal al que recurrir según lo reclamase la solución justa de los casos de silencio que pudieran presentarse.

Un segundo problema incidía sobre la extensión que a dichas reglas debía concederse. Su valor radicaba en la doctrina general: «las reglas de derecho auténticas, aplicadas debidamente en los casos no exceptuados, tienen fuerza jurídica», fundada en que «además de haber sido promulgadas» y «aun no constituyendo nuevo derecho, suponen y comprenden compendiosamente varios derechos constituídos y por ello tienen valor normativo en cuanto que son tomadas del derecho mismo»³¹.

De este modo, y admitidas las excepciones «quando ius resistit» según la fórmula tradicional, quedaba en pie su valor en todos los casos no determinados expresamente por el derecho. Así se comprenden las profundas consecuencias de la equiparación entre silencio y consentimiento formulada por la regla «qui tacet». Sin embargo, como ya veremos, la doctrina se esforzó, con la mejor voluntad, por atenuar un principio de tanta dureza y que se prestaba a inúmeros abusos en la vida jurídica y en las relaciones humanas.

B) LA TRADICION CANONICA

7. Primeros escritores.

La elaboración de la doctrina canónica sobre el silencio acompaña regularmente la marcha del derecho positivo, bien como recibiendo y ejerciendo influencias con respecto a los cultivadores del derecho ro-

31. REIFFENSTUEL. *Tractatus de regulis iuris*, Ingolstadii, 1733, pág. 2.

mano y común³². Podemos distinguir varias fases en la evolución del problema, entendidas más que de un modo sistemático, de acuerdo con el tratamiento que el silencio recibió por parte de los autores. Examinaremos cada uno de ellos con la posible brevedad.

Por de pronto debe consignarse la escasez de datos en los escritores antiguos sobre la eficacia jurídica del silencio. Con todo, ya Gandulfo de Bolonia, al hablar de la entrada en religión de uno de los cónyuges, juzgaba como suficiente consentimiento la no contradicción del otro: «se dice que permite, cuando sabiendo y pudiendo contradecir, no contradice»³³. Más notable, sobre todo por el carácter anecdótico alcanzado en la historia del derecho matrimonial, es la sentencia de Hugocio equiparando el silencio de la mujer a un consentimiento que no se expresa por pudor: «Pone quod puella verecundia erubescit loqui, et tamen patitur subarrari et dotari. Nonne ipsa patientia et taciturnitate consensus exprimitur, quamvis lingua nihil dicat?»³⁴. En terreno muy diverso, Raimundo de Peñafort, al tratar de elecciones canónicas, resta carácter formal a la emisión del voto aceptando su validez con tal que aparezca en algún sentido una voluntad³⁵, e incluso admitiendo que la «scientia» del acto, exista o no ignorancia de las circunstancias, equivale a la intención sea cual fuere la actitud que el capitular asuma³⁶.

Sobrepasando estas referencias aisladas, los primeros decretalistas, incluso anteriores a la promulgación del libro sexto de las Decretales, asientan principios sobre el silencio que han de dejar profunda huella en las doctrinas posteriores. De modo especial debe mencionarse a Enrique de Susa y a Sinibaldo de Fieschi.

El primero, al comentar el capítulo *Nonne bene* expone ya una tesis de carácter general³⁷. Para el Hostiense hay, en efecto, una simple —aunque presuntiva— equiparación entre silencio y consentimiento: «qui tacet confiteri videtur sive concedere id de quo agitur». No se establece, por tanto, distinción entre conceder y confesar, la primera de las cuales se entiende como consentimiento, quedando ambas figu-

32. En esta parte es de gran utilidad el estudio de Magni, antes citado. (Vid. nota 5).

33. *Sententiarum libri quattuor*, Viena 1924 (ed. De Walter), pág. 516.

34. *Glossae in Decretum*, ms. cit. por DAUVILLIER, *Le mariage dans le droit classique de l'Eglise*, París, 1933, págs. 37 y ss.

35. *Sunma Iuris*, Barcelona, 1945 (ed. Rius Serra), págs. 126-127.

36. *Ob. cit.*, pág. 127. Sobre la dist. *Si servus*, vid. págs. 88-89.

37. *Lectura sive apparatus domini Hostiensis super quinque libris decretalium*, Coloniae, 1512, I, f. 349.

ras sometidas a un mismo principio. No obstante, al admitir junto al capítulo *Nonne bene* la regla romana «is qui tacet» sin el menor comentario, esa posición dogmática queda un tanto comprometida³⁸.

Por lo demás, la misma generalidad de la equiparación se ve restringida por la remisión a las determinaciones concretas para los casos particulares: «haec autem generalia secundum diversos casus et diversas materias terminantur». Ahora bien, ¿cuáles son y qué sucede en ellos? La regla establecida no tiene aplicación cuando se exige un consentimiento expreso y cuando la contradicción del que está presente y calla no sería eficaz para impedir el acto³⁹.

Sin embargo, para comprender bien el pensamiento del Hostiense conviene observar el fundamento que da a la eficacia del silencio en los casos particulares. Así, por ejemplo, en el caso del siervo recibido en el clero sin contradicción de su dueño, la diferencia entre el criterio canónico y las normas equivalentes para situaciones análogas de orden civil reside en el hecho de que «ecclesia non adhibet fraudem suis contractibus... nec alicui laqueum iniit», mientras que a los seglares «licitum est naturaliter se invicem decipere»⁴⁰. De ahí la coherencia con que procede la distinción *Si servus*, en la que la eficacia del silencio se debe a lo que se interpreta como actitud real del dueño, de forma que el «spiritualis consensus fortior est quam carnalis».

Si el «favor Ecclesiae» inspira esa curiosa interpretación, el «favor religionis» fundamenta la entrada en religión de uno de los cónyuges con la simple no contradicción del otro. En efecto, el consentimiento formal exigido anteriormente en esos casos por la ley, puede ser substituído por la simple actitud de disimulo. En este caso es equivalente a una «latior approbatio», siempre que no exista sospecha acerca de la futura honestidad del cónyuge que permanece en el siglo, de modo que se considera suficiente la simple promesa de «patientia»⁴¹.

Con este esbozo del problema, Enrique de Susa, a pesar de sus vacilaciones, representa una primera toma de posición. Por un lado se admite la equiparación del silencio al consentimiento, aunque el principio se reduzca a las determinaciones de los casos particulares. Por otro se buscan razones de orden religioso superior para fundamentar la

38. *Ob. cit.*, f. 349.

39. Caso de la venta de cosa empeñada, en presencia del dueño. Vid. también el comentario al c. *Continebatur*, sobre la enajenación de bienes hecha por la abadesa sin consentimiento expreso del capítulo, en *Ob. cit.*, II, f. 49.

40. *Ob. cit.*, I, f. 125 y ss.

41. *Ob. cit.*, II, f. 124 v., comentario al cap. *Verum si ita*.

actitud que asume la norma al establecer en estos casos la equiparación. No es, sin duda, una postura muy firme, pero claro está que tampoco los textos legales y la madurez de la doctrina permitían ir mucho más lejos. En todo caso, su ejemplo y sus vacilaciones han de repetirse en canonistas de siglos bastante avanzados al tropezar con las aristas de la cuestión.

A estas indicaciones vino pronto a añadirse la opinión de Sinibaldo de Fieschi, menos desarrollada que la del Hostiense pero con el innegable atractivo de su carácter práctico y simplificador.

Para Sinibaldo la no contradicción vale por consentimiento en todos los casos en que la ley no exige un consentimiento expreso: «non contradictio nostra pro consensu habetur, ubicumque expressus consensus non requiratur»⁴². Afirmación muy atrevida y mucho más amplia que la del Hostiense, modestamente limitado a aproximar el silencio y el consentimiento tácito, después de rechazar la posibilidad de una asimilación entre la taciturnidad y el consentimiento expreso.

Por lo que se refiere al campo de aplicación de ese principio, Sinibaldo establece una distinción entre cosas favorables y perjudiciales a quien calla. Además de los casos ya determinados por la ley, la tesis establecida vale «maxime in re concupiscibile et meritoria», mientras que si la materia es perjudicial a quien calla, «tunc necessarius est expressus consensus»⁴³.

Esta sugestiva distinción nunca dejará de aparecer a lo largo de la historia del problema.

8. *Dino de Mugello, Juan Andrés y el Panormitano.*

No es arbitrario unir aquí el nombre de Dino de Mugello al de los dos grandes canonistas del fin de la Edad Media. Al fin y al cabo, como ha puesto de relieve Magni⁴⁴, Dino de Mugello cuenta en su haber con el mérito de la configuración precisa del tema de la eficacia jurídica del silencio, obtenida mediante la sistematización de la doctrina de los glosadores.

42. *In quinque libros Decretalium commentaria*, Venetiis, 1570, cap. *In Genesi*.

43. *Ob. cit.*, cap. *In Genesi*. Entre los casos que cita como materia perjudicial, el de constitución de procurador fue resuelto en sentido contrario por el c. 1, *De procuratoribus*. I, 10 *in Clem.*

44. *Ob. cit.*, págs. 86 y ss.

Es característico que sus opiniones se muevan siempre en el ambiente estricto del derecho positivo, sin exceder el marco de los textos legales. Para Mugello, el principio que equipara silencio y consentimiento debe mantenerse, pero su aplicación exige unos determinados presupuestos. En primer término la existencia de un silencio, por decirlo así, cualificado: esto es, con conocimiento, presencia y taciturnidad del sujeto que podría contradecir. En segundo lugar, que el que calla pudiera efectivamente con su contradicción impedir el acto: «infallibiter locum habet regula in illis, qui contradicendo poterant impedire quod agebatur». Finalmente, cuando el acto sea favorable al que calla, pero no a un tercero⁴⁵.

En contraste con esta regla se encuentra la segunda, «is qui tacet». Su ambigüedad se resuelve considerando el silencio como una figura intermedia, opinión que en adelante gozará de singular fortuna: «responsus autem regulae est, quod tacere est medium inter illa duo extrema et expressum consensum et expressam contradictionem»⁴⁶. Pero al limitar el examen de la regla a los casos previstos en la legislación, Dino de Mugello se ve obligado a reconocer que sus aplicaciones siguen rumbos diferentes, de tal manera que «illud medium aliquando sumit effectus unius extremorum, aliquando alterius».

Sin embargo esa indeterminación de la regla «is qui tacet», y supuesto que para él las dos normas sobre el silencio tienen el mismo campo de aplicación, va a permitirle obtener dos conclusiones importantes. En primer lugar la aplicación del principio «is qui tacet» a los casos en que se trata de materia perjudicial al que calla: valiéndose el silencio como «medium inter consensum et contradictionem», es decir no valiéndose nada, no se producen efectos. En segundo lugar, para salvar la contradicción entre la regla 44 y el principio «qui tacet», se da a ello el valor de norma primaria de interpretación, en cuyo defecto, si no se hallan los términos de esa posición intermedia, puede admitirse la equiparación entre silencio y consentimiento⁴⁷.

Tal es, en resumen, la posición de Dino de Mugello, reveladora desde el primer momento de las dificultades tanto exegéticas como doctrinales creadas por las dos «regulae iuris». Después de las limitaciones establecidas cabe preguntarse qué es lo que subsiste del principio «qui

45. *Commentaria in regula iuris pontificii*, Lugduni, 1572, pág. 198.

46. *Ob. cit.*, pág. 200.

47. «Ubi est invenire effectum dispositionis, medium non trahitur ad extrema, id est tacere non trahitur ad consensum vel contradictionem, sed quadam via media disponitur» (*Ob. cit.*, pág. 201).

tacet consentire videtur», ya en la doctrina de su redactor material. No es mucho, pero sí suficiente para obligar a los canonistas a una revisión minuciosa de los textos legales y de la propia teoría formulada.

Esa fue la tarea principal de Juan Andrés, aunque su tratamiento del tema tiene escasa semejanza con el seguido por Dino de Mugello⁴⁸.

Partiendo de una noción del silencio como algo intermedio entre el consentimiento expreso y la expresa contradicción, Juan Andrés —mediante el recurso al origen romano— establece una distinción radical entre las reglas 43 y 44 atendiendo a su campo de aplicación. Así como la regla «qui tacet» se refiere al consentimiento, la 44 sólo expresa que el que calla no dice nada y por tanto sólo puede aplicarse «super confessione vel negatione, non super consensu et disensu»⁴⁹. El uso indebido de las dos reglas sobre supuestos análogos se explicará «por la afinidad que existe entre confesión y consentimiento, así como entre disentimiento y negación».

No obstante la lucidez de esta distinción, su autor no consigue aplicarla en la práctica de un modo riguroso. De ahí que, en el examen de las cuestiones, se vuelva a confundir lo que antes se había distinguido sin recoger todo el fruto del avance realizado.

Teniendo en cuenta los datos del derecho positivo, Juan Andrés se ve obligado a reconocer que tanto la regla 43 como la 44 tienen numerosas excepciones. Para la primera se señalan como «fallentiae» los casos en que se exige un expreso consentimiento y aquellos otros en que el silencio en la palabra va acompañado por una contradicción por actos o por señas⁵⁰. Para la segunda se indican cuatro casos ya conocidos: el cap. *Si servus*, el *Nonne bene*, el *Cum in causa* y el *Si post praestitum*, añadiendo como norma general —y es una observación importante— que la regla falla siempre que «tacitum pactum inducitur a lege»⁵¹.

48. En dos obras se ocupa del tema. Una es, *Quaestiones mercuriales super regulis iuris*, Venetiis, 1477, inc. de la Biblioteca Palatina de Parma, estudiado por Magni a cuyo trabajo nos referimos (*loc. cit.*, págs. 127-129). La otra es la glosa al *Liber sextus Decretalium*, de la que empleo la edición de Lyon, 1533.

49. *Liber sextus Decretalium*, pág. 442, col. 2. Y aclara: «nota quia non dicit, non consentit, et sic non contradicit regula qui tacet».

50. *Ob. cit.*, pág. 444, col. 2. No llega a recoger aquí la constitución del procurador por carta, establecida por las Clementinas. Sin embargo en su *Commentarium in Clementinae*, apéndice a la edición del *Liber sextus*, pág. 36, no lo refiere exclusivamente al silencio, admitiendo la existencia de un acto positivo de consentimiento: «Verum est enim, quod institutus simpliciter tacens, non habetur pro consentiente: ut ibi, sed qui non simpliciter tacet, sed agit accipiendi simpliciter chartam procuratorii: iste consentit».

51. *Ob. cit.*, pág. 444, col. 2.

Desde el punto de vista del derecho positivo, las ideas expuestas podrían parecer suficientes para resolver los casos de silencio con eventuales consecuencias jurídicas. Sin embargo Juan Andrés siente la necesidad de proceder a una revisión del principio «qui tacet» con el fin de determinar sus límites precisos.

Para ello pasa revista a las teorías existentes, negando su apoyo a la que sostiene que «regulariter tacens habetur pro consentiente» y a la doctrina que admite la equiparación entre silencio y consentimiento cuando la contradicción podría impedir el acto. Sus simpatías se dirigen a la opinión que mantiene que «in facto concupiscibili, honorabile, et meritorio, taciturnitas habetur pro consensu», mientras que «in facto autem, quod non est concupiscibile, honorabile, et meritorium, sed onerosum, necessarius est expressus consensus». A esta doctrina, iniciada por Sinibaldo de Fieschi, se adhiere Juan Andrés, entendiendo que las excepciones deben ser consideradas como una pena impuesta por el legislador⁵².

Es indudable que, considerada en su conjunto, esta elaboración de la teoría del silencio supone un claro avance metodológico. Distinción de la materia propia de cada una de las «regulae iuris», adopción del criterio del beneficio o perjuicio para aceptar o rechazar la equivalencia entre silencio y consentimiento, insinuación de que es la ley el origen de esa equivalencia o de las excepciones postuladas por el interés general. Haber situado esos tres puntos dentro de un esquema lógico y bastante coherente, tal es la aportación dogmática de Juan Andrés.

Sin embargo, el rigor con que el problema se encierra dentro de los límites establecidos por los textos legales, no impide que Juan Andrés acepte la antigua motivación de orden ideológico —el «favor Ecclesiae», el «favor matrimonii» o el «favor reipublicae»— para fundamentar los casos más graves comprendidos en la regla «qui tacet» y que constituyen excepciones a las tesis anteriormente mantenidas⁵³. Y más claramente se observa esa superación de un puro dogmatismo en virtud de consideraciones de justicia o de bien común espiritual, en la resolución de las *Quaestiones mercuriales*. En ellas las situaciones de silencio se resuelven con una interpretación muy amplia de lo que es beneficioso o perjudicial, de tal manera que «la opinión de Inocencio IV

52. Ob. cit., pág. 444, col. 2: «quod verum puto, hoc addito, quod ubi jus in poenam statuit quem tacentem haberi pro consentiente vel confesso: sic habebitur, licet factum sit onerosum».

53. Ob. cit., pág. 444, col. 2, nota 4.

servía en la práctica para repudiar las soluciones inicuas: frecuentemente el principio sobre el silencio venía eliminado por otras vías, ya que tanto para las soluciones favorables como para las contrarias al principio, se nota que el argumento sacado de la 'taciturnitas' no tenía mucho valor si no estaba unido a otros argumentos de mayor peso»⁵⁴.

Dentro del marco ofrecido por las Decretales, el último paso constructivo corresponde a Nicolás de Tudeschi, el Panormitano⁵⁵. A partir de su elaboración y aunque prescindida de algunas de las aportaciones de Juan Andrés, los canonistas posteriores —salvo algún caso excepcional— apenas si añadirán detalles secundarios a la teoría.

A diferencia de Juan Andrés, el Panormitano se enfrenta con una cuestión que anteriormente a él se había procurado paliar: la confusa relación entre las reglas de derecho y el capítulo *Nonne bene*. Desde un punto de vista positivo, el Panormitano entiende que no se trata de establecer campos diferentes de aplicación para cada regla, antes por el contrario se exige una solución de validez general. Precisamente por eso, al examinar el capítulo *Nonne bene* subrayará la conveniencia de restringir su aplicación a los casos en que se trate de una verdadera alternativa⁵⁶.

Sin embargo, el autor no va demasiado lejos en su crítica de la separación de las reglas 43 y 44 por el diferente ámbito en que cada una debe aplicarse. Con excesivo apego a los textos legales se limitará a contraponer a esa pretendida distinción un abundante elenco de excepciones, tanto canónicas como romanas⁵⁷. De ahí que ofrezca más interés la parte constructiva de su exposición.

El punto de partida también lo constituye la indeterminación del concepto de la taciturnidad. De acuerdo con esa postura, aceptará la sugestión de Dino de Mugello que hace del silencio una actitud intermedia, otorgando también un alcance más general a la regla «is qui

54. MAGNI, *Ob. cit.*, pág. 129.

55. *Commentaria in quinque Decretalium libros*, Lugduni, 1578, especialmente el t. III, f. 124v y ss., comentario al cap. *Nonne bene*.

56. Para el Panormitano, el cap. *Nonne bene* tiene apenas un contenido específico en cuanto no se refiere «an tacens debeat haberi pro confitente an negante», sino a un caso concreto. Por eso entiende que el precepto debe interpretarse en el sentido de que, en una alternativa «ubi duo impinguntur, vel inferentur alicui, seu proponuntur, uno negato, alterum videtur affirmatum». Vid. *Ob. cit.*, t. II, f. 124v.

57. *Ob. cit.*, t. II, f. 125. Vid. también, t. II, f. 64. Por lo demás, con respecto a la doctrina de Sinibaldo de Fieschi y a su criterio utilitario, entiende que «licet sit nota, et in multis verificetur, tamen est nimis generalis».

También se hace eco de una tesis, quizá puramente teórica, en que el silencio «regulariter habetur pro contradictione», rechazándola por oponerse expresamente a las reglas 43 y 44.

tacet». Así se comprende que el Panormitano procure restringir a todo trance la aplicación del principio «qui tacet», es decir, la equiparación entre silencio y consentimiento: «hoc brochardicum habet fere infinitos sensus, ita quod omnes casus sub distinctione comprehendi non possunt: sed secundum factorum diversitatem et qualitatem determinandi sunt»⁵⁸.

Cuales sean esas conjeturas que determinan la vigencia del principio, viene escolásticamente precisado a través de varias distinciones.

En primer término cuando «agitur de obligatione personali», entonces «tacens habetur pro contradicente»⁵⁹. Sin embargo, este principio tiene «fallentiae»: por un «favor pupillorum» en los casos en que «in fideiussore tutoris, qui patitur nomen suum scribi»; por un «favor matrimonii» en el matrimonio de los impúberes contraído por los padres con silencio de aquéllos; cuando el que calla es contumaz en responder, porque entonces se debe considerar como consintiendo o contradiciendo según lo que más le perjudique; cuando el callar va acompañado de algún acto positivo que permite interpretar el silencio como consentimiento, tal como el caso de una persona que admite una carta en la que se constituye procurador⁶⁰.

El problema es distinto cuando no se trata de una obligación personal, «sed de alio praeiudicio». En este caso, el silencio puede obedecer a contumacia y entonces debe aplicarse el criterio antes sentado, es decir, debe interpretarse en el mayor perjuicio del que calla. Pero cuando no existe contumacia, el supuesto adquiere nuevas complicaciones.

La no existencia de contumacia puede deberse a que no hay obligación alguna de responder y entonces «si tacens non potest contradicendo impedire quod agitur, habetur pro contradicente», y si puede impedirlo se entiende que consiente. Pero puede ocurrir que pudiendo impedir el acto no lo haga, bien sea por simulación bien por dolo, y entonces el que calla se perjudica a sí mismo teniéndose su silencio como consentimiento tácito⁶¹. Y por último puede acontecer que, con todas las circunstancias del caso anterior, «non constet de fraude». En ese caso y después de examinar las distintas posiciones, el Panormitano mantiene que «si constaret quod non fraudulentur tacuit, haberi

58. Ob. cit. t. II. f. 125. Pueden verse también, t. I, fs. 177, 180v, 184v, 185v y 195.

59. Ob. cit., t. II, f. 125.

60. Ob. cit., t. II, f. 167.

61. Ob. cit., t. II, f. 125.

debeat pro contradicente: quia in dubio non praesumitur quis velle praeiudicare iuri suo et iactare suum», pero añade una conjetura aclaratoria diciéndonos que «in dubio crederetur praesumendo fraudem, ex quo est praesens, et potest impedire, et tacet»⁶². Aún así, esta doctrina tiene dos casos de «fallentiae»: por una «ratio coniunctionis», en los actos jurídicos entre cónyuges o entre padres e hijos, en donde el que calla se supone que consiente; por el «favor cultus divini et religionis», en el caso determinado por la dist. *Si servus*.

Por fin la tercera distinción habla de las situaciones en que «non agitur de praeiudicio tacentis, sed de re concupiscibili et meritoria: et haberi debet pro consentiente»⁶³. En este punto, Nicolás de Tudeschi acepta íntegramente la doctrina y las soluciones de Juan Andrés, incluso admitiendo la posibilidad de un consentimiento cuando el silencio tiene por consecuencia un perjuicio mínimo⁶⁴.

Esta exposición de la doctrina del Panormitano demuestra con suficiente detalle la elaboración científica a que se procedió para mantener unos principios legales que postulaban una teoría general sobre el silencio y su eficacia jurídica. Pero al mismo tiempo queda patente la enorme dificultad que se encuentra al pretender adivinar todas las posibles actitudes con relevancia jurídica que se esconden por detrás del hecho de la taciturnidad. A la casuística de la ley viene a añadirse la casuística de la doctrina, sin que por ese medio el problema consiga encontrar un encuadramiento más claro aunque se corrijan las aplicaciones injustas de los principios.

9. La «*communis opinio doctorum*»

Con esta denominación puede resumirse la postura de los canonistas de los siglos XVI y XVII ante el problema del silencio. Sin demasiadas variantes se continúa la línea establecida, aceptándose en general estos dos criterios fundamentales: aplicación de la regla «qui tacet» al consentimiento, limitada por las numerosas excepciones legales y por el reconocimiento de su falta de vigencia en materia perjudicial; y reducción del principio «is qui tacet» al campo de la confesión ju-

62. *Ob. cit.*, t. II, f. 125v.

63. *Ob. cit.*, t. II, f. 125v.

64. *Ob. cit.*, t. II, f. 125v.

dicial, cuando no se echa mano de él para atenuar la rigidez de la regla anterior⁶⁵.

Esa uniformidad de doctrina no obsta a que, de vez en cuando, aparezcan posiciones de discordancia que, sin alterar el estado de cosas establecido, brinden sugerencias que es oportuno recordar.

Así, por ejemplo, Enrique Canisius entiende que la regla «qui tacet» debe ser limitada a casos muy precisos, porque «si nude inspiciatur, defendi non potest»⁶⁶. Procediendo en sentido inverso, Canisius asienta la presunción de que, en la duda, nadie quiere obligarse por el hecho de la propia taciturnidad: tal es el sentido de las numerosas excepciones del principio. Sin embargo, todavía va más lejos al insistir en que el silencio sólo puede equipararse al consentimiento cuando hay indicios de que significa una manifestación de voluntad: «necesse est in tacente et coniecturam aliquam concurrere, quae consensum suadeat»⁶⁷. Lo que equivale a denegar cualquier rango jurídico al silencio, al ser tomada en consideración solamente la manifestación táctica de voluntad.

Por lo que se refiere a la regla «is qui tacet», no hace consideraciones especiales. Su terreno es el judicial y cualquier excepción debe entenderse «in poenam contumaciae non respondentis; ac proinde ab hac regula nostra recte disceditur, ne lucro illi cedat contumacia sua»⁶⁸.

Aunque esta posición es bastante expresiva, la voz más enérgica es la del canonista febroniano Van Espen que, prescindiendo de la sujeción estricta al texto legal, rechaza decididamente el valor de la regla «qui tacet», basándose en la misma naturaleza del silencio⁶⁹. Para él no cabe interpretar el silencio como consentimiento por la posible existencia de unas «rationes tacendi» que quizá se desconocen. Por ese mo-

65. PIRHINC. *Ius canonicum*, Dilingae, 1722, t. I, págs. 205-206, 412, 626-627; t. II, págs. 112 y 230; t. III, págs. 176-177, 426, 472 y ss.; PASSERINUS, *Tractatus de electione canonica*, Romae, 1693, págs. 241-242; GIBALINUS, *Scientia canonica et hieropolitica*, Lugduni, 1670, t. IV, pág. 226; GRAÑANIETO, *In libros Decretalium commentarium*, Lugduni, 1677, pág. 290; ENGEL, *Collegium universi iuris canonici*, Venetiis, 1723, págs. 315 y 369; VAULX (VALLENSIS), *Paratitla iuris canonici*, Lugduni, 1744, págs. 97 y 160; SÁNCHEZ, *De matrimonio*, Venetiis, 1625, pág. 59; SCHMALZGRUEBER, *Jus ecclesiasticum universum*, Venetiis, 1738, t. IV, págs. 12 y ss.

66. *Opera iuris canonici*, Coloniae, 1672, *Commentarius in tit. de regulis iuris libri VI. Decretalium*, págs. 582-583.

67. *Ob. cit.*, pág. 582. Por eso considera como conjeturas legales el caso de los sponsales de los impúberes y, en general, todos aquellos en que «de tacentis utilitate agatur» o en que se encuentra un «favor rei», como en la constitución de procurador por carta.

68. *Ob. cit.*, pág. 583.

69. *Reflexio ad reg. 43 in 6.*, en *Opera Omnia*, Lugduni, 1778, t. V, págs. 232-233.

tivo la aplicación de la norma debe ser muy estrecha, puesto que «*varia enim et frequenter occurrere possunt ob quae aliquis silentio dissimulet, quae tamen nullatenus probare, nec illis consentire intendit, quae rationes tacendi si justae et legitimae fuerint, tacens nequidem interpretative dicendum erit consentire*»⁷⁰.

Van Espen, preocupado por la posible aplicación de la regla a la «*scientia et patientia*» del superior, no va más lejos en el desenvolvimiento de sus ideas. Sin embargo tiene interés su contraposición entre la norma y el contenido real del silencio, así como el recurso a la *ratio legis* como medio para evitar interpretaciones abusivas⁷¹.

Estas actitudes adversas a la equiparación del silencio y del consentimiento⁷², en lo que tienen de radical son, como ya se ha indicado, manifestaciones aisladas en el seno de una cierta uniformidad doctrinal. Otras discrepancias tienen su cauce dentro de los criterios más comunes y a este título vale la pena tener en cuenta las posiciones adoptadas por Felipe Decio y por Covarrubias.

Para el primero⁷³, la aplicación de la regla «*qui tacet*» debe hacerse siguiendo el criterio de la utilidad o el perjuicio, contra el cual apenas prevalecen los actos en los que coinciden un «*favor Ecclesiae*» u otra figura equivalente⁷⁴. Sin embargo, movido por el deseo de defender la buena fe entiende que debe combinarse el criterio de la utilidad o perjuicio con la posibilidad o no de impedir los actos perjudiciales, al mismo tiempo que se toma en consideración el que se trate de la constitución de un derecho o de la lesión de un derecho adquirido. Por eso, cuando el acto cede en perjuicio del que está presente y puede hablar, de forma que de no hacerlo queda obligado, «*tali casu tacens cui obligatio acquiritur, pro consentiente habetur: quia quoad eum*

70. *Ob. cit.*, pág. 232.

71. *Ob. cit.*, pág. 233. Por eso subraya la posibilidad de graves errores en la aplicación de la regla «*dum nimirum in sua generalitate assumpta illis casibus applicanda fuerit quibus ex mente conditoris et legislatoris applicanda non erat*».

72. En sentido favorable a una interpretación genérica de la norma «*qui tacet*» se manifiesta Schnorremberg, autor de una apreciable monografía sobre las «*regulae iuris*». Este autor se opone a la resolución de las cuestiones por medio del criterio de la utilidad o perjuicio del que calla.

Distinguiendo los campos de aplicación de ambas reglas, fundamenta en un argumento naturalista la equiparación entre silencio y consentimiento: «*Cum enim a natura nobis inditum sit, ut iis, quae fieri nolumus, contradicamus, nisi a contradictione aliunde retrahamur, ideo si tacemus et non contradicimus, in dubio non dissentire, sed consentire, recte presumimur*». Vid. SCHNORREMBERG, *Regulae iuris canonici*, Lugduni, 1744, págs. 82-84.

73. *Commentarius super Decretalibus*, Lugduni, 1551. Su opinión como civilista puede verse en *In titulo de regulis iuris*, Lugduni, 1553, págs. 406-407.

74. *Commentarius*, f. 109.

tractatur de praeiudicio iuris». Diferente es el caso del perjuicio de un tercero o de la lesión de derechos adquiridos, porque entonces «non videtur taciturnitas sufficiat»⁷⁵. Y en el mismo orden de ideas, a esa combinación de los dos criterios añade el factor «scientia» en el caso de la constitución de procurador por carta, afirmando la existencia de consentimiento cuando existe noticia del acto y negándolo —suavizando así la norma expresa de las Clementinas— cuando hay ignorancia⁷⁶.

Covarrubias va por un camino más recto revelando una postura más amplia. Para él no basta la conjunción de los dos criterios citados cuando el silencio supondría un perjuicio al que calla. Por un lado, «in his, quae sunt gravis praeiudicii, scientiam, et taciturnitatem non sufficere ad consensum», al mismo tiempo que «etiamsi posset quis actum impedire non videri consensisse, quamvis taceat et non contradixerit»⁷⁷.

Como fundamento de esta opinión, Covarrubias precisa que, si no hay obstáculos de orden legal, el que tiene conocimiento de un acto y puede impedirlo, no por eso está obligado a tomar una actitud en ese momento sino que puede perfectamente dejarlo para otra ocasión más oportuna⁷⁸. Es, sin duda, una motivación de carácter práctico y en ese punto reside su interés al mostrar la poca adaptación del texto legal a las situaciones reales de la vida. Con todo, eso no será obstáculo para que se procure defender el elemento de buena fe que la norma pretendía tutelar⁷⁹.

Con estas salvedades, la doctrina constituída sobre el silencio no parecía necesitar de ulteriores revisiones. En realidad la vida jurídica, mediante el complejo sistema de restricciones al principio «qui tacet», podía llegar a soluciones justas interpretando del modo más conveniente el contenido de las «regulae iuris». Sin embargo es patente que un tal sistema amenazaba degenerar en un puro virtuosismo jurídico a medida que se presentasen situaciones de silencio, como ya se anunciaba en la construcción del Panormitano.

75. Ob. cit., f. 34.

76. Ob. cit., f. 109.

77. *Opera Omnia*, Genevae, 1734, t. II, págs. 563-656.

78. Ob. cit., t. II, pág. 564: «Non enim tenetur, qui scit, etiam possit actum impedire, accedere ad agentes, et contradecire, ac impedire illum: cum possit eam contradictionem in tempus sibi utilius, et opportunius lege non refragante differre, secusa fraude, quae ex qualitate actus temporis, loci, ac personarum praesumi arbitrio boni, ac discreti viri poterit, praesertim ubi ea taciturnitate tendit in alterius captionem»

79. Ob. cit., t. II, págs. 564-565. Vid. también, t. I, pág. 139; II, pág. 136.

Para comprobarlo, basta recoger de la obra de un práctico noticias sobre la aplicación de las reglas 43 y 44 de las Decretales. Para el caso podemos servirnos de la exhaustiva casuística del cardenal Tuscho, centrada sobre el criterio de la utilidad o el perjuicio⁸⁰.

Las dos ideas básicas son: «*praesens et tacens in favorabilibus, videtur consentire... quia ubi de lucro agitur, facile quis consentit*», y por otro lado «*tacens et patiens in damnosis, et non appetibilibus non videtur consentire... quia sicut ubi agitur de lucro, facile quis consentit; ita ubi agitur de damno, facile quis dissentit*». Sin embargo, por lo que se refiere al primer principio, es preciso que se trate de un simple silencio en casos donde se exige un consentimiento expreso o al menos tácito. Tuscho distingue claramente el silencio y el consentimiento tácito y, por eso, mantiene que «*ubicumque ultra consensum requiritur aliquid, non sufficit tacitus consensus in favorabilibus*».

El examen de la regla «*is qui tacet*» sirve para rectificar la equiparación entre silencio y consentimiento. Con el apoyo de la casuística se llega a las siguientes conclusiones: 1) el que ve que algo le es perjudicial, no parece consentir con el silencio; 2) si en ese acto perjudicial existe un título jurídicamente hábil para llegar a una solución favorable, nunca podrá presumirse que el que calla consiente; 3) cuando en un acto la persona que calla debe reverencia a la que causa el perjuicio —p. ej. la mujer que calla ante el marido que está percibiendo los frutos de los bienes privativos de la mujer— tampoco puede interpretarse el silencio como aceptación del hecho; 4) «*taciturnitas non habetur pro consensu ad excusandum delictum alterius*»; 5) cuando se trata de inducir una obligación personal, no se presume que el que calla consiente; 6) «*tacens, qui scit ius suum durare sibi non praeiudicat*»; 7) lo mismo puede decirse cuando se trata de la disminución de algún derecho⁸¹.

Todos estos casos, en muchos de los cuales también se dan no escasas «*fallentiae*», representan un fuerte argumento en favor de la no admisión del principio que equipara el silencio al consentimiento. Pero a su vez, Tuscho en una exhaustiva recolección de casos prácticos pone al lado de aquéllos una serie de circunstancias en que, aun derivándose del silencio un perjuicio, se admite a título de presunción la existencia de un consentimiento. Son estas: 1) cuando existe dolo, «*quia qui per*

80. *Practicas conclusiones in omni foro frequentiores*, Francofurti, 1623. t. VIII. págs. 1 y ss.

81. *Ob. cit.*, t. VIII, pág. 2.

dolum tacet, ut decipiat, habetur pro consentiente», entendiéndose que hay dolo cuando «illud, quod tacetur, est ad commodum tacentis, et contra alium gerentem actum»; 2) cuando por la ley o por el juez ha sido prefijado un término para realizar un acto o responder a una proposición; 3) el que calla y no contradice a la protesta que se le hace, se presume que consiente, sobre todo cuando en esa protesta se contiene una disminución de un derecho; 4) «generale est, quod tacens in iudicio habetur pro consentiente»; 5) cuando además de la taciturnidad existe un acto positivo del que calla, tendiendo a una confirmación; 6) el que sufre en silencio la prescripción; 7) los casos en que existe un «favor» de la Iglesia, de la república, del matrimonio, etc.⁸².

Esta es, en resumen, la aportación práctica de Tuscho que, a pesar de su rica fundamentación, ni abre horizontes ni da soluciones útiles a la teoría general sobre el silencio. Pero de un modo indirecto viene a poner de relieve la confusa situación creada a la doctrina por la regla «qui tacet consentire videtur». Así se comprende la severidad con que ha sido enjuiciada por un tratadista moderno: «Regla es la norma que merece ser aplicada generalmente. No merece, pues, llamarse norma la que tiene más excepciones que casos comprendidos. En este caso nos encontramos ahora. La regla tan desnuda y cruda no sirve para nada y con su excesiva generalidad ha contribuido a desacreditar las demás»⁸³.

10. La doctrina de Agustín Barbosa.

Si conviene dedicar un apartado propio a la doctrina de Barbosa no es porque haya ejercido gran influencia en los demás autores, no obstante aceptaran muchas de sus soluciones en casos concretos. Tampoco porque represente una aportación positiva al problema. Sin embargo, sus opiniones sobre la eficacia jurídica del silencio tienen especial interés porque, como ningún otro tratadista, llevó la construcción dogmática de las «regulae iuris» hasta sus últimas consecuencias. Por eso su pensamiento muestra mejor que ninguno la intrínseca debilidad de toda la teoría.

Des posiciones diferentes tuvo Barbosa ante el problema. En la primera⁸⁴, todavía se encuentra en el marco de las tesis dominantes, aun-

82. Ob. cit., t. VIII, págs. 2-3.

83. BARTOCETTI, *Le regole canoniche di diritto*, Roma, 1939, pág. 129.

84. En el tratado *De axiomatibus iuris usufrequentioribus*, publicado en *Tractatus varii*, Lugduni, 1699, págs. 128-129.

que con matices peculiares. Así, para él, el silencio vale como consentimiento en los casos favorables al que calla, pero estableciendo una limitación «ubicumque ultra consensum requiritur aliquid, quia tunc non sufficit tacitus consensus in favorabilibus»⁸⁵. Aunque esta distinción entre el silencio y la manifestación tácita de voluntad no sea enteramente nueva respecto al principio «qui tacet», no es sin embargo común entre los autores, inclinados a no poner límites en lo favorable.

Por lo que se refiere a materias perjudiciales al que calla, su opinión es la común, tanto en la adopción del criterio utilitario y el de la posibilidad o no de impedir el acto de que se trate, como en el recurso al «favor Ecclesiae», «favor reipublicae», etc., para explicar las excepciones. Sin embargo, un aspecto nuevo añade a la tesis: una cierta defensa de la estabilidad jurídica, al aceptar la equiparación del silencio al consentimiento en materia desfavorable «quando diuturna et longa taciturnitas, et patientia adesset... etiamsi ultra taciturnitatem concurrat aliquis actus positivus»⁸⁶.

Estas ideas se modifican radicalmente cuando, más tarde, Barbosa dedica un minucioso estudio a las dos conocidas reglas de las Decretales⁸⁷, consideradas como normas que, según la distinción hecha por diversos autores, se aplican a sectores diferentes de la realidad jurídica.

Respecto a la regla «qui tacet», el autor observa que en ella se establece la presunción de un consentimiento, deducida de la simple taciturnidad. Ahora bien, ¿cuál es la naturaleza de ese consentimiento? A Barbosa no le parece adecuado hablar de un consentimiento expreso ni de uno tácito. No existe el primero, «quia legi, vel simili dispositioni, in qua expressus consensus requiritur, non satisfit per illum, qui ex taciturnitate colligitur», y por otra parte «si intelligas de consensu praesumpto, videtur falsum, quia praesumptio fundatur in signis vero similibus: plane in dubio non est verosimile quod tacens in sibi praejudicialibus consentiat»⁸⁸.

Enunciada esta posición en que el consentimiento por silencio adquiere una fisonomía propia independizándose de las formas habituales de manifestación de voluntad, el autor pasa a criticar las opiniones existentes. Dos le parecen las más fundadas: la que acepta la equipa-

85. Ob. cit., pág. 128.

86. Ob. cit., pág. 129.

87. *Collectanea doctorum tam veterum quam recentiorum in jus pontificium universum*, Lugduni, 1716, t. IV, págs. 358-363.

88. Ob. cit., pág. 359.

ración entre silencio y consentimiento, cuando el que calla podría impedir el acto; y la que presume el consentimiento en lo favorable, pero no en lo perjudicial.

Respecto a la primera entiende que esa tesis «alicujus esse considerationis, non tamen sufficere, ut tacens consentire, vel dissentire praesumatur»⁸⁹. Su argumentación no es teórica. Para él es suficiente el caso de la prenda para invalidar esa doctrina: el dueño puede impedir la pignoraición de una cosa estando presente y, sin embargo, aunque calle no se presume que consiente; al mismo tiempo, el dueño no puede impedir la venta de la cosa pignorada y, sin embargo, si está presente a la venta y calla, el derecho presume que ha consentido en la remisión⁹⁰.

Barbosa entiende —lo cual parece un poco excesivo— que la presunción de que quien calla consiente en lo favorable y disiente en lo perjudicial, fue establecida para obviar esa dificultad. Sin embargo, tal actitud le parece inaceptable por oponerse al texto legal, que no hace ninguna distinción: «Dominus Gregorius regulam statuit affirmativam, ibi, *tacendo consensit*: nempe distinguit inter favorabile, et praejudiciale, quinimo si ad originale recurratur, saltem ad nefandam et impiam Phariseorum intentionem secundum sensum literalem deprehenditur agi *ibidem de praejudicialibus*»⁹¹. Partiendo, por tanto, de la aceptación textual de la regla, se entiende que el legislador no ha pretendido excluir las materias desfavorables, tanto más que presentándose las situaciones onerosas con mayor frecuencia que las favorables, la regla, en ese caso, se hubiera pronunciado negativamente respecto a lo perjudicial.

Una vez rechazadas todas las posibles interpretaciones, la norma «qui tacet consentire videtur» se considera aplicable según su enunciado estricto, teniendo en cuenta los siguientes criterios: 1) debe eliminarse el caso de ignorancia del acto, puesto que la ignorancia excluye el consentimiento; 2) se trate o no de perder el dominio, de cosa

89. Ob. cit., pág. 360.

90. Ob. cit., págs. 359-360: «Pignoris constitutio est de illis actibus, quos dominus praesens poterat contradicendo impedire: patet quia in re aliena absque domini consensu non valet pignoris constitutio... et tamen licet dominus praesens sit, ac taceat, non praesumitur consentire, nisi aliud addatur», teniendo en cuenta además que la «venditio rei pignori obligatae, sicut et venditio rei alienae, est actus qui a creditore vel a domino prohibere non potest... et tamen si venditio fiat praesente creditore, et tacente, consentire praesumitur in liberatione pignoris, cum jus pignoris remississe censeatur».

91. Ob. cit., pág. 360.

útil o perjudicial, de acto que se pueda impedir o no, se presume que el que calla consiente cuando la cosa esté igualmente dudosa en ambos sentidos y no se dé una legítima conjetura en contrario⁹²; 3) por último, el que sabe y calla estando delante, se presume que consiente si no hay conjetura en contrario: «ratio est, quia qui tacet cum posset dissentire, ipsa taciturnitate ostendit se simul sentire»⁹³.

Asentados estos radicales principios, la interpretación de la regla «is qui tacet» se coordina plenamente con los presupuestos anteriores. El que calla «medium tenet inter confitentem et negantem: ergo non eligit aliquid ex praedictis extremis»⁹⁴. También aquí tiene que tratarse de un puro silencio, sin conjeturas de ninguna especie, y como es lógico dentro del terreno de la confesión judicial⁹⁵.

Con todo, en relación a este último punto considera Barbosa que la actitud del que está presente y calla puede darse en dos tipos de situaciones. La primera sería la del que calla absolutamente ante una pregunta sin que se dé ningún acto que implique confesión o negación. Sería el silencio como posición intermedia y, por tanto, la regla «is qui tacet» se encontraría en el terreno que le corresponde. Pero también podría ocurrir que de dos cosas presentadas en forma de alternativa se negase una o se confesase la otra: sería el momento de aplicar la presunción establecida en el capítulo *Nonne bene*, porque el silencio no sería tal, al darse una conjetura prevista por la ley⁹⁶.

Todo lo que antecede permite ver que el mérito de esta construcción es, sin duda, considerable. Como ninguna otra ha hecho resaltar la diferencia entre el silencio y la manifestación tácita de voluntad, del mismo modo que con el mayor rigor ha llevado a cabo la orde-

92. *Ob. cit.*, pág. 360.

93. *Ob. cit.*, pág. 361.

94. *Ob. cit.*, págs. 362-363.

95. *Ob. cit.*, pág. 363: «Cum consensus sit actus voluntatis eligentis, haec datur ubi quis cum posset verbis, vel signis contradicendo contrariam voluntatem ostendere, non contradicit, juxta ea, quae supra diximus reg. praecedenti. At vero confessio, vel negatio in affirmatione veri, vel falsi consistit, ut modo tetigimus: plane qui simpliciter, et absolute tacet, non ostendit, neque affirmat quodnam si verum, vel falsum; cum neque ullum verbum, aut signum protulerit veritatis, aut faesitatis a se significatae, ut supponimus».

96. *Ob. cit.*, pág. 363: «Ratio differentiae est, quia in primo casu quando aliquis simpliciter et absolute tacet, nihil affirmat verum vel falsum: deinde nihil negat quod hoc, vel illo modo acciderit et subinde neque confitetur, juxta illa, quae de confessione, vel negatione veri, aut falsi boni auctores, et Philosophia docent. Contra vero in secundo, si ex duobus illatis alterum fatetur, vel negat, ex eo quod unum negavit, alterum tacendo fateri videtur... et vice versa si unum fatetur, alterum tacendo negat; ex conjectura enim quod sese ad unum restrinxerit, in aliis oppositum significat approbando vel negando».

nación armónica de textos tan dispares como el cap. *Nonne bene* y las reglas 43 y 44 de las Decretales. En ambos aspectos, Barbosa ha penetrado con profundidad en el problema técnico creado por el silencio en el cauce de las normas jurídicas entonces existentes.

Sin embargo, la esencia real del problema está ausente. Su interpretación del silencio con el dato exclusivo de las prescripciones legales⁹⁷, le lleva a una concepción rígida y estricta que no tenía apoyo en la vida del derecho. De ahí su soledad entre las doctrinas de la época, al ampliar desmesuradamente la idea de un consentimiento legal, cuando toda la tradición doctrinal y práctica se esforzaba por atenuar la excesiva generalización del principio «qui tacet». Por eso, Barbosa no llegó a darse cuenta de que su lógica construcción se asentaba sobre unos cimientos precarios, incapaces de constituir un sólido fundamento.

11. *Ultimos escritores: Reiffenstuel.*

En adelante los escritores nada nuevo tienen que decir, quizá por considerar que el tema del silencio había alcanzado todo el desarrollo permitido por sus posibilidades. Los canonistas apenas se limitan a recoger aisladamente las consecuencias del pensamiento anterior sin intentar un planteamiento del problema ni siquiera poner de relieve las opiniones contrapuestas que a lo largo de la historia del problema han ido apareciendo⁹⁸. Anulada toda preocupación de índole teórica, la doctrina general sobre el silencio desaparece de la ciencia canónica, dejando solamente huellas imperceptibles de su paso.

Anterior a la época de crisis del derecho canónico, Reiffenstuel, el más vigoroso tratadista moderno, es quien se hace cargo de la tradición doctrinal para elaborarla cuidadosamente y darnos, en sus comentarios a las reglas de derecho, lo que podemos juzgar como última posición en torno al problema canónico del silencio⁹⁹.

En primer término se reconoce el distinto campo de aplicación de las reglas 43 y 44, tratando la primera del consentimiento y de cuándo

97. No obstante la estricta fundamentación de la doctrina en los textos legales, Barbosa busca un apoyo de índole más elevada, haciendo troncar su doctrina en la misma naturaleza humana. *Ob. cit.*, pág. 360.

98. CAJETANO, *Jus canonicum*, Lisbonae, 1754, I, págs. 122-123; t. II, pág. 103; LEURENII, *Jus canonicum universum*, Venetiis, 1729, t. I, pág. 418; t. IV, pág. 8 y 39; PIGNATELLI, *Consultationes canonicae*, Venetiis, 1722, t. VIII, pág. 57.

99. *Jus canonicum universum*, Venetiis, 1735, t. VI, págs. 67-69. También el *Tractatus de regulis iuris*, Ingolstadii, 1733, págs. 114-118.

puede presumirse en el hecho de la taciturnidad, en tanto que la segunda se refiere a la confesión e interrogatorios judiciales. Partiendo de esta distinción, el sentido de la regla «qui tacet» es expresado así: «qui tacet in favorabilibus consentire videtur: qui vero in praejudicialibus tacet, tunc consentire videtur, quando contradicendo, vel expresse dissentiendo facile potest impedire id, de quo agitur, et in contrarium nulla conjectura apparet»¹⁰⁰.

De este modo, aparecen combinadas las dos tesis más importantes. La utilitaria en cuanto se considera fundada en la «naturalis affectio et propensio» para aceptar lo favorable y rechazar lo perjudicial. La que insiste en el poder y deber de contradecir, en la medida en que —como excepción amplia del silencio en materia perjudicial— parece tener un sólido fundamento: «quando quis praesens scit rem fieri, vel peti, et tacet, dum facile contradicere potest, sua taciturnitate facit, quod de iure merito praesumatur idem sentire: ut proin tacitus illius consensus non in fictione, sed praesumptione iuris fundetur, nisi adsit contraria conjectura ex verbis, vel saltem ex nutu, aut aliis signis apparens, quia etiam nutu, vel gestu contrario voluntas ostenditur»¹⁰¹.

A esta tesis añade Reiffenstuel las inevitables «fallentiae» de la regla. Son las siguientes: 1) cuando el silencio tiene lugar sobre algo que se ignora o sobre lo cual se yerra, porque «ignorantis vel errantis nullus est consensus»; 2) cuando para la forma y la substancia del acto se requiere por el derecho un consentimiento expreso con palabras o signos exteriores; 3) en los superiores cuando callan y no contradicen por existir razones para no hacerlo, principio aplicable también a los súbditos cuando en su silencio puede haber temor reverencial; 4) en el caso en que «fur sciente, et non contradicente domino rem illius surripit; quia in tali casu dominum consentire non praesumitur, sed actionem contra furem instituere potest»; 5) cuando existen circunstancias o conjeturas en contrario¹⁰².

Desenvuelta así la regla 43, el sentido de la 44 no presenta dificultades: «qui ad interrogationem alterius tacet, regulariter nec confiteri, nec negare praesumitur»¹⁰³. La razón es el valor de término medio que se atribuye al silencio, entre una postura afirmativa y otra negativa. Por lo demás, también existen excepciones, reducidas a la al-

100. *Jus canonicum*, t. VI, pág. 67.

101. *Ob. cit.*, pág. 67.

102. *Ob. cit.*, pág. 68; *Tractatus*, pág. 117.

103. *Ob. cit.*, pág. 69.

ternativa del capítulo *Nonne bene*, al silencio en la confesión judicial y a la negativa a responder a las posiciones formuladas por el adversario y aprobadas por el juez. En ellas, la regla no puede aplicarse y, en ese caso, el silencio se interpreta en sentido riguroso.

Con esta actitud moderada y prudente, en la que se nota el eco de la doctrina y de la práctica anteriores, se cierra el ciclo doctrinal sobre el silencio en los cauces del derecho de las Decretales.

C) JURISPRUDENCIA ROTAL

12. Precisiones sobre la «taciturnitas».

Quedaría incompleto el estudio de la evolución histórica del problema del silencio si, al lado de la doctrina, no se examinase la actitud de la jurisprudencia. Por eso conviene aludir, aunque sólo sea a grandes rasgos, a la interpretación de las reglas 43 y 44 de las Decretales hecha por las decisiones rotales coetáneas¹⁰⁴. En primer lugar, la noción misma del silencio.

Tal como sucedía en el campo doctrinal, la jurisprudencia tiene sus vacilaciones. Con todo, algunas sentencias perfilan la distinción entre el silencio y la manifestación tácita de voluntad. En esa línea se entiende que para darse un verdadero silencio debe faltar cualquier especie de circunstancias que autoricen una presunción en contrario¹⁰⁵.

Una orientación diferente se manifiesta en un buen número de decisiones que revelan un notorio interés por equiparar el consentimiento a una «longa taciturnitas». Se trata, como es fácil adivinar, de la prescripción y en este punto silencio y tiempo van unidos de tal modo que «taciturnitas non dicitur esse praejudicialis, si non effluxerit tempus habile ad praescribendum»¹⁰⁶, e incluso se llega a admitir que «taciturnitas non etiam longa inducit desertionem, dummodo in actis non constet notorie de non iure tacentis»¹⁰⁷, con lo que se establece una presunción de peligrosa amplitud.

104. *Sacrae Rotae Romanae decisiones recentiores*, Venetiis, 1716, 24 volúmenes.

105. *Ob. cit.*

106. *Ob. cit.*, Pars XV, decis. 170.

107. *Ob. cit.*, Pars XV, decis. 202. En esta materia las decisiones son abundantisimas: P. X, decis. 105; P. X, decis. 128; P. X, decis. 196 y 285; P. IX, t. I, decis. 217; P. XII, decis. 352; P. XV, decis. 58; P. XIX, decis. 50...

Por lo que se refiere a la «scientia» del acto ante el que se calla, hay decisiones bastante estrictas. Así se considera que para que exista un verdadero silencio no basta la simple presunción de que el que calla conoce el acto, sino que «probari debet in tacente scientia facti certa, et non praesumpta»¹⁰⁸, llegándose incluso a presumir la ignorancia en tanto no haya pruebas de un conocimiento cierto¹⁰⁹. A veces, sin embargo, se atenúa un poco ese principio al advertir que «quae publice, et palam fiunt etiam semper praesumi patientiam et scientiam»¹¹⁰. Pero esta ampliación dista mucho de ser frecuente, en beneficio de un concepto más riguroso de la taciturnidad.

De un modo general, la jurisprudencia no ve con demasiadas simpatías el silencio. Ve en él negligencia¹¹¹, sospecha que frecuentemente en la taciturnidad hay dolo¹¹², se inclina a no adoptar actitudes de excesiva benevolencia¹¹³, hasta admitir que «taciturnitas arguit simulationem»¹¹⁴. Se trata, es cierto, de situaciones concretas en que los principios deben satisfacer las exigencias de la justicia. Pero esa adaptación jurisprudencial a las situaciones reales de silencio, buscando el contenido del comportamiento humano, supone una recta concepción del papel de la norma ante el caso concreto.

13. Criterios jurisprudenciales.

Ahora bien, ¿cómo aplica la jurisprudencia el principio que equipara el silencio y el consentimiento? Las diferentes decisiones ponen de relieve que no se llegó a un criterio unánime. A veces se atribuye al silencio valor de consentimiento, a veces se le niega de modo explícito.

108. *Ob. cit.*, P. XVII, decisis. 316.

109. *Ob. cit.*, P. XVI, decisis. 258.

110. *Ob. cit.*, P. IV, t. I, decisis. 461.

111. *Ob. cit.*, P. XIV, decisis. 206.

112. *Ob. cit.*, P. VIII, decisis. 90.

113. *Ob. cit.*, P. XIII, decisis. 194: «ex taciturnitate longi temporis illius, qui usuras accepit in eadem, et semper uniformi quantitate, censetur major summa remissa etiam quandolibet stipulata sit» (19-IV-1660).

114. *Ob. cit.*, P. IX, t. I, decisis. 121. Una determinación peyorativa del silencio aparece también en P. XIII, decisis. 407; P. XIII, decisis. 241; P. XVIII, t. I, decisis. 285 y P. XIX, t. I, decisis. 163.

Así, por ejemplo, se admite que habiéndose hecho una elección sin mandato del capítulo, «*capitulum tacendo videtur hoc habere gratum, et si omnes tacite consentiant ista communis electio potest etiam fieri per extraneum*»¹¹⁵. Por el contrario, en otro caso claramente incluido en la regla 43 de las Decretales —presentación del patrono para provisión de un cargo— se entiende que el consentimiento derivado del silencio es «*fictum, et improprium*», para concluir que «*aliud est tacere, aliud consentire*»¹¹⁶. Y al lado de estos criterios se insinúa una posición interesante al admitir la posibilidad de que el silencio opere con valor de consentimiento en un acto que sin él sería nulo, cuando esa equiparación viene hecha «*in vim pacti et conventionis*»¹¹⁷.

Por consiguiente, la interpretación que la jurisprudencia hace de las «*regulae iuris*» se inspira en criterios bastante amplios. No puede extrañar que, en ese supuesto, llegue a mantenerse contra el principio común que «*in extrajudicialibus taciturnitas non habetur pro consensu*»¹¹⁸.

Si ahora nos fijamos en las bases doctrinales que la Rota maneja para decidir sobre la eficacia jurídica del silencio, volvemos a encontrar el eco de las diversas teorías antes expuestas. En algunos casos se acepta la opinión de que quien calla estando presente y pudiendo contradecir, consiente: «*socii scientes, et tacentes, et non protestantes de actu per socium faciendo, vel actum illum non prohibentes, consensisse videntur*»¹¹⁹. Y en un orden de ideas análogo, no se presume el consentimiento cuando de modo alguno podía impedirse el acto¹²⁰.

Más frecuentemente, sin embargo, aparece la tesis que hace depender el consentimiento de la existencia de un beneficio, rechazándose en caso contrario. Así se nos dice que «*est communis regula quod in lucrosis ex praesentia praesumatur acceptatio*»¹²¹, y que «*scientia in*

115. *Ob. cit.*, P. IV, t. II, decs. 312.

116. *Ob. cit.*, P. III, decs. 337 y otras allí recogidas. También en el mismo sentido. P. XII, decs. 415.

Aunque la jurisprudencia cuida la distinción entre silencio y consentimiento tácito (Vid. P. XIII, decs. 333 y P. IX, t. I, decs. 121), sin embargo no son raras las confusiones. Vid. P. XIX, t. I, decs. 273 y 346.

117. *Ob. cit.*, P. I, decs. 513.

118. *Ob. cit.*, P. IV, t. II, decs. 259.

119. *Ob. cit.*, P. XVIII, t. I, decs. 146. En sentido análogo, P. IV, t. I, decs. 55.

120. *Ob. cit.*, P. I, decs. 513; P. III, decs. 225: «*...et proinde cum filii per questionem nihil possint obtinere, nihil videntur tacendo sibi praejudicasse*».

121. *Ob. cit.*, P. III, decs. 701.

inere favorabilibus inducit acceptationem»¹²². Esta doctrina se completa al enunciarse que «in praejudicialibus sola praesentia non nocet»¹²³, así como que «in praejudicialibus tacens consentire non videtur»¹²⁴, y que «regulariter simplex scientia, et taciturnitas in praejudicialibus non inducit consensum»¹²⁵.

Fuera del enunciado de estos principios, la jurisprudencia rotal no muestra una doctrina específica sobre lo que deba entenderse por favorable o por oneroso. Por el contrario, en diversas decisiones juzga que precisamente el hecho de no reconocerse eficacia jurídica al silencio es la causa de que no se produzca un perjuicio en detrimento de la persona que calla¹²⁶.

Aun siendo muchas las decisiones rotales que acogen la doctrina de Inocencio IV, su validez no es, en el ámbito de la jurisprudencia, la de un criterio unánimemente aceptado.

No es raro mantener que, incluso en materia perjudicial, el silencio debe equipararse al consentimiento «cum nemo praesumatur fuisse negligens in re sibi necessaria... nec ubi de proprio commodo agebatur»¹²⁷. Del mismo modo que también se nos dice que «cum enim scientia et patientia in corporalibus aequipolleant... et quoad illos quibus praejudicatur sufficit actus praesentantis, et patientia illorum, quibus praejudicatur...»¹²⁸. No obstante, la realidad es que el criterio de la jurisprudencia es favorable a la distinción entre lo útil y lo perjudicial para decidir sobre la equiparación o no de los efectos del silencio y del asentimiento de la voluntad.

En resumen puede decirse que la posición de la jurisprudencia revela una notable flexibilidad. Más que una preocupación por interpretar de modo uniforme las reglas 43 y 44 de las Decretales e insistir en la obligatoriedad del principio «qui tacet», vemos en las decisiones de la Rota un prudente cuidado de discernir en los casos concretos de silencio la existencia o no de una voluntad con intención jurídica.

Esa tarea, por lo demás, no presentaba excesivas dificultades puesto

122. Ob. cit., P. IV, t. I, decs. 653. En el mismo sentido, P. I, decs. 262 y P. VI, decs. 12.

123. Ob. cit., P. III, decs. 327. En el mismo sentido, P. VIII, decs. 179; P. IX, t. I, decs. 262 y P. XVII, decs. 64.

124. Ob. cit., P. III, decs. 225.

125. Ob. cit., P. XVII, decs. 316.

126. Ob. cit., P. I, decs. 84, 115 y 513; P. V, decs. 387 y P. IX, t. I, decs. 121.

127. Ob. cit., P. VIII, decs. 154. Vid. también P. V, t. I, decs. 103.

128. Ob. cit., P. II, decs. 174. Criterios análogos pueden verse en P. II, decs. 550; P. IV, t. III, decs. 600; P. XI, decs. 303 y P. XVIII, t. II, decs. 708.

que la diversidad doctrinal y el peso de la tradición científica daban amplias bases para proceder con equidad canónica sin que fuesen menospreciados los textos legales. La admisión de una u otra de las reglas de derecho, el recurso a una u otra posición eran suficientes para el intento. Así, toda la problemática surgida alrededor de las dos «regulae iuris» cedió en beneficio de una más justa adaptación de la ley a las exigencias de la realidad.

Solución razonable para la jurisprudencia. Sin embargo, la falta de una toma de posición ante el tema dejó en el mismo pie el estado doctrinal del asunto hasta la llegada del Codex en que, con otras perspectivas legales, la eficacia jurídica del silencio puede ser sometida a una profunda revisión.

DERECHO ACTUAL

14. *Perspectiva actual del derecho antiguo.*

Al empezar el estudio del problema del silencio en la vigente legislación canónica, tenemos que volver los ojos otra vez al derecho antiguo. No se trata apenas de un respetuoso homenaje a la tradición canónica o del reconocimiento de la unidad histórica del derecho de la Iglesia, a través de los siglos. Pronto veremos que, por lo que se refiere a nuestro problema, el C. I. C. no zanja las cuestiones planteadas por la legislación anterior o por la doctrina de los decretalistas. Se hace necesario, por tanto, llevar a cabo una revisión del derecho antiguo, contemplándolo desde las perspectivas jurídicas actuales.

En lo que se refiere a la eficacia jurídica del silencio, el transcurso de los años nos permite ver la legislación antigua con una perspectiva muy diferente de la que pudieron tener los contemporáneos.

Por de pronto, y hasta el momento en que aparecen las «regulae iuris» del Sexto de las Decretales, los textos sobre el silencio nos dan la impresión de haber nacido por motivos circunstanciales y revestirse de un carácter de excepción.

Para comprobar el primer aspecto —ya suficientemente explícito por la lentitud y parsimonia con que las prescripciones aparecen— basta que recordemos la heterogeneidad de los supuestos en que el legislador juzga necesario intervenir para regular unos efectos jurídicos ante

el silencio de una persona. Entre el siervo que entra en el estado clerical, la doncella que ingresa en religión con el simple disimulo de sus padres, la constitución de procurador mediante carta no protestada, etc., el único trazo de unión es el elemento formal de una actitud de silencio. ¿Quiere esto decir que esa analogía formal permitía atribuir un contenido volitivo semejante en esas situaciones y, por tanto, la posibilidad de llegar a una solución idéntica en todos los casos?

La respuesta negativa es la que mejor procede. Ya la solución varía según los casos: el legislador suspende el juicio sobre el significado del silencio, niega su valor como manifestación de voluntad o lo equipara a un consentimiento, todo esto en función, no de la «taciturnitas» en sí misma, sino de la situación concreta de que se trata y de la naturaleza del acto o negocio jurídico en que el silencio se produce. Por eso el silencio no vale como consentimiento en el matrimonio o en el bautismo de adultos, valiendo en cambio para los esponsales de los impúberes o la aceptación del celibato. Es decir que la eficacia jurídica del silencio varía en cada caso según la mente del legislador y la naturaleza del asunto a que se refiera.

Pero además, si analizamos los textos, no es difícil observar que el legislador, al atribuir unos efectos al silencio, nunca se pregunta por el contenido real de la voluntad de quien calla. Así, por ejemplo, en la dist. *Si servus* no se habla de que la no contradicción del dueño signifique su consentimiento y por tanto la libertad del siervo, sino únicamente de que en caso de verificarse esa ciencia y no contradicción, se ordene el siervo y los efectos de ese silencio sean los mismos que si existiera una voluntad del «dominus», sin que el legislador se preocupe de la existencia o no de esa voluntad. Del mismo modo puede hablarse del cap. *Puella*. Si la menor de doce años entra en religión y sus padres no contradicen en el plazo de un año, no podrán irritar el acto, no porque haya en ellos una voluntad que consiente —cosa que el legislador no se pregunta —sino porque se dispone que en ese caso el disimulo de los padres tiene los mismos efectos que tendría su consentimiento. Por el contrario, en el cap. *Consentire*, al lado de la norma genérica de que quien no corrige al que yerra parece consentir, se establece la posibilidad de unas «rationes tacendi» que aplazan la decisión a las características del caso concreto. Y de este modo pueden examinarse, con resultados análogos, todos los textos aislados tanto del Decreto como de las Decretales.

Por eso, no cabe deducir que, en esos casos, el legislador proceda a una equiparación entre el consentimiento o el disentimiento y el

silencio. A lo más podría hablarse de la existencia de un consentimiento legal, en la medida en que el contenido de la voluntad individual era suplido por la ley. Sin embargo, sería también una inexactitud puesto que si el legislador no intenta saber cuál es la voluntad real de quien calla, tampoco intenta substituirse en el lugar del sujeto. Lo que lleva a cabo es una equiparación de los efectos, de forma que en algunos casos específicamente determinados el silencio de una persona produce los mismos efectos que produciría su consentimiento o su discordancia. El silencio, por tanto, no tiene el valor de causa sino el de motivo u ocasión para que entre en juego, por motivos diversos, una determinación específica de la ley.

Así se comprende el carácter excepcional que muestran las disposiciones legales sobre el silencio. La doctrina antigua se penetró enseguida de ese espíritu de excepción. Con todo, bajo la influencia de las «*regulae iuris*» y de la propia construcción teórica llevada a cabo por los juristas, entendió esa excepción en el sentido de una excepción a la regla general, mejor dicho, a las reglas formuladas por las Decretales. De ahí la confusión creada para encuadrar en moldes de lógica jurídica las normas y una casuística de sentidos diferentes y contradictorios. En realidad la excepción procedía de otro lado: se trataba de situaciones nuevas y todavía no reguladas en las que un interés general llevaba a una decisión anómala en la marcha normal de la vida jurídica. En el fondo, aunque de una forma no muy consciente, apuntaba la preocupación de la doctrina por apelar a un «*favor Ecclesiae*», un «*favor matrimonii*», etc. para justificar la intervención del legislador.

Por lo que se refiere al cap. *Nonne bene* y a las reglas 43 y 44 del Sexto de las Decretales, la perspectiva actual hace ver esas normas con un criterio de cierta severidad. Ni lógica ni jurídicamente el cap. *Nonne bene* tiene un sentido y menos el que, quizá por un excesivo respeto a la ley, le concedieron los antiguos canonistas. Otro tanto y con mayor razón puede decirse del principio «*qui tacet*», generalización absolutamente precipitada que, como los hechos y la doctrina demostraron, no respondía a la realidad jurídica ni siquiera a la realidad social. El legislador, cediendo al peso de una frase feliz, asentó una norma que además de ser errónea, daba origen a una invasión abusiva de la libertad individual. Se trató sin duda de defender la estabilidad de la vida jurídica y quizá de defender también la buena fe. Sin embargo vino a introducir una mayor inseguridad y un terreno fértil para la mala fe, en la medida en que, con una aplicación literal de la

regla, podía fundamentarse un consentimiento y unos efectos jurídicos ante cualquier arbitraria proposición de un negocio jurídico.

Diferente es la regla «is qui tacet». Su aparente banalidad encierra una visión profunda de la realidad jurídica. En realidad supone —sea cual fuere el ámbito de su aplicación— una suspensión de efectos ante el silencio, de tal modo que la persona pueda definir el sentido y alcance de su declaración de voluntad. Esa moderación le permitiría ejercer una saludable influencia en la valoración jurídica del silencio.

15. El C. I. C. y las «regulae iuris».

El C. I. C. no recoge las reglas 43 y 44 de las Decretales, pero lo cierto es que tampoco formula normas genéricas que permitan confrontar el silencio y la manifestación de voluntad. Como esa laguna no ha hecho desaparecer las situaciones de silencio, es legítimo preguntarse por el criterio que deba seguirse en el derecho actual.

Que el problema subsiste apunta aquí y allí en la doctrina canónica, aun cuando no se le haya dedicado una atención especial. Así, por ejemplo, Blanco Nájera, al comentar el c. 105 nos dirá que, cuando el consentimiento es requerido para la validez de un acto, el superior obra inválidamente si los preguntados se callan «a no ser que el silencio equivalga al consentimiento de conformidad con el aforismo jurídico: *qui tacet consentire videtur*»¹²⁹. Y en momento análogo, Regatillo observa que «superior invalide agit donec ille obtineatur, nisi silentium consensui aequivaleat»¹³⁰.

En el ámbito del ordenamiento canónico y dado que el C. I. C. no se pronuncia sobre el problema ni recoge las mencionadas «regulae iuris», el primer paso para enjuiciar la eficacia jurídica del silencio tiene que consistir en ver si las reglas de las Decretales han conservado o no fuerza legal en el régimen vigente. En caso afirmativo será preciso resucitar toda la vieja problemática de los antiguos escritores. Si la solución es negativa, el camino será decidir si los casos de silencio existentes en el derecho actual contienen implícita la posibilidad de una aplicación analógica, por constituir un presupuesto de carácter general. Veamos, pues, ahora la cuestión previa, es decir, la posible subsistencia de las «regulae iuris» en el derecho vigente.

129. *El Código de Derecho Canónico*, Madrid, 1942, t. I, pág. 88.

130. *Institutiones iuris canonici*, Santander, 1946, t. I, pág. 133.

Como es natural se trata de la interpretación del c. 6 y del tema genérico de la función supletoria del derecho antiguo en cuanto implícitamente contenido en el Código, a excepción de las leyes penales o contrarias¹³¹. Limitemos el examen a nuestro tema.

Por lo que a él se refiere, ha hecho notar Cavigioli que, entre los comentaristas del Código se discute la actual validez legal de las «regulae iuris» del Sexto de las Decretales, dado su carácter de auténticas leyes en el derecho anterior¹³². No hay duda de que el contenido de esas reglas y el carácter oficial de que gozaron en el derecho antiguo las coloca en una situación bastante peculiar. Sin embargo, por lo que se refiere a su carácter de leyes y consideradas en su conjunto no parece admisible considerarlas pura y simplemente, a tenor del c. 6, como implícitamente contenidas en el Código y, por tanto, subsistentes. Habrá que recurrir a cada caso particular para ver si se trata de leyes «in plico canonum occultatae»¹³³, cosa que de modo alguno se verifica en relación a las reglas 43 y 44. Por eso estas dos normas, en cuanto tales, hay que tenerlas por abolidas en el derecho vigente. No cabe entender, con Maroto, que las leyes no recibidas en el Código lo han sido «quasi per inadvertentiam»¹³⁴, sino que por el contrario deben considerarse como suprimidas¹³⁵.

Con todo, no por eso la incógnita queda enteramente despejada. Si bien las dos «regulae iuris» han perdido su carácter de leyes, el Código —como ya antes se ha indicado— no formula normas genéricas que las substituyan. De ese modo, ante las situaciones de silencio podría entenderse que nos encontrábamos ante una laguna del derecho y que, a tenor del c. 20, las reglas podrían tener cabida en el derecho actual. No en virtud de la analogía prevista en el Código, puesto que la ana-

131. Vid. MICHIELS, *Normae generales*, Lublin, 1929, I, págs. 91 y ss.; VERMEERSCH, *Epitome iuris canonici*, Mechliniae, 1937, I, págs. 72 y ss.; REGATILLO, *Institutiones*, I págs. 39 y ss.

132. *Derecho canónico*, Madrid, 1946, I, pág. 64.

133. MICHIELS, *Normae generales*, I, pág. 105.

134. *Institutiones Juris Canonici*, Romae, 1921, I, pág. 161.

135. ¿Podría plantearse la subsistencia de estas «regulae iuris», a tenor del c. 6, como principios de derecho natural? En la doctrina antigua varias veces se alude a una fundamentación «natural» de la regla 43. Barbosa aceptará la equiparación entre silencio y consentimiento, «propter naturales in nobis ad contradicendum propensionem», y Schnorremberg dirá que «cum a natura nobis insitum sit, ut iis, quae fieri nolumus, contradicamus...». Y tanto la doctrina como la jurisprudencia fundamentarán, en algunos casos, la eficacia jurídica del silencio en la natural tendencia del hombre a aceptar lo beneficioso y rechazar lo perjudicial. Pero en materias tan concretas, el recurso al derecho natural es bastante precario.

logía se refiere al derecho actual y no al antiguo¹³⁶. Sí, tal vez, en el caso de que las «regulae» se consideren como formulación de unos principios generales del derecho que, a falta de ley expresa, tendrían alguna fuerza como fuente supletoria.

El punto es delicado, sobre todo si se tiene en cuenta el favor y la simpatía que las «regulae» con su estilo lapidario y su aparente facilidad despiertan en no pocos autores¹³⁷. Sin embargo, en el caso presente y aunque se siguiese la opinión más benigna, es indudable que la regla 43 se vería sometida a grandes limitaciones. Al fin y al cabo, el c. 20 acepta esos principios generales «aequitate canonica servatis» y, por tanto, esa equidad canónica, con un óptimo fundamento en la tradición doctrinal, fácilmente rectificaría los fallos sobradamente conocidos de la regla 43 y, en ocasiones, de la 44¹³⁸. Pero esta solución no satisface puesto que, desde el punto de vista constructivo, obligaría a traer de nuevo a colación e incluso a aceptar una problemática cuya razón de ser es muy discutible, aunque durante siglos haya sido una exigencia de la propia ley.

Con acierto observa Vermeersch que las reglas de derecho «non sine praevia earum cognitione aut sine consideratione applicandas esse»¹³⁹. Y si ese criterio vale para la aplicación de la norma al caso concreto, con mayor razón deberá tenerse en cuenta al enjuiciar la regla misma.

En este punto no hay duda de que los principios sobre el silencio enunciados en las reglas 43 y 44 gozaron de la fuerza que les dio la condición de «regulae iuris» atribuida por el legislador. Ahora bien, ¿se trata en realidad de principios generales del derecho? Por eso es lícito preguntarse si esas reglas son ciertas en su formulación y justas en su contenido, de modo que el derecho y la doctrina las acepten como principios de validez general. De no ser así, darles ese carácter constituye una posición errada al atribuirles una generalidad y un contenido de justicia del que carecen.

136. No parece aceptable la opinión de CORONATA (*Compendium*, I, pág. 132) cuando quiere admitir la analogía legal entre el C. I. C. y el derecho antiguo, en el ámbito del c. 20

137. VERMEERSCH, *Epitome*, I, pág. 120; MICHIELS, *Normae generales*, I, pág. 469: «nisi unam forsan alteramve excipias vel saltem corrigas, optime exprimunt principia nunc, sicut antea, in jure canonico fundamentalia».

138. Vid. REGATILLO, *Institutiones*, I, págs. 73-74; VERMEERSCH, *Epitome*, I, pág. 121. En general, LEFEBVRE, *Les pouvoirs du juge en droit canonique*, París, 1938 y BARTOCETTI, *Le regole canoniche di diritto*, Roma, 1939.

139. *Epitome*, I, pág. 121.

Prescindiendo de la regla 44, por lo que se refiere al principio «qui tacet» ya se han hecho algunas observaciones. En realidad no es el resultado de una inducción obtenida sobre textos legales dispersos y de análogos fundamentos jurídicos. Ni la formulación es cierta y, por lo tanto, falla su veracidad formal, ni su contenido es justo por la inseguridad que da a las relaciones jurídicas, ni su generalidad tiene otro origen que no sea el legislador.

Por eso la regla «qui tacet» no obedece a las exigencias de los principios generales del derecho ni puede considerársele como tal. En este punto, y además de las observaciones que se harán más adelante al examinar la teoría del silencio, vale la pena tener en cuenta las líneas de rumbo de la tradición científica que antes se ha evitado prejuzgar.

16. *Balance de la tradición doctrinal.*

Considerada en su conjunto, ¿cuál fue la actitud de los escritores ante las reglas 43 y 44?

Es preciso distinguir. Respecto a la 44, es decir, el principio «is qui tacet», no es difícil observar que la doctrina lo acoge sin ninguna resistencia. Sin duda que su casi literal ascendencia romana facilitaba su encuadramiento en una construcción que tanto debía a ese derecho. Pero no se puede olvidar que su contenido, moderado y prudente, permitía enfocar las situaciones de silencio sin perturbar la vida jurídica y sin distorsión de la persona que, por los motivos que fuesen, permanecía o adoptaba esa actitud. No atribuir un sentido determinado a la «taciturnitas» válido para todos los casos, y máxime en materia procesal, es a todas luces una postura ecuánime del derecho.

Muy otra fue la reacción de la doctrina ante el principio «qui tacet». Si existía el problema de saber qué representaba jurídicamente el silencio, es bien visible que la respuesta del legislador no vino en realidad a aclarar el estado de la cuestión. Lo cierto es que, a partir de la aparición de la regla 43, la doctrina tuvo que esforzarse para limitar una norma de una generalización tan excesiva.

Aun prescindiendo de los escritores que repudiaban abiertamente el principio, dos corrientes se perfilan a lo largo del tiempo, dirigidas a corregir la simple equiparación entre silencio y consentimiento. Una de ellas, iniciada por el propio Dino de Mugello y por el Panormitano, daban a la regla «is qui tacet» un carácter prevalente, con lo que la 44 quedaba en la práctica reducida a una función de escaso relieve. La

otra tendencia encabezada por Juan Andrés, substraía al principio «qui tacet» todo el terreno procesal y en los demás sectores llevaba al extremo la exigencia de un consentimiento expreso en las materias perjudiciales a quien callaba.

Vistas las cosas con rigor, ninguna de las dos tendencias tenía verdaderos fundamentos en qué apoyarse desde el punto de vista legal. La primera, porque el ámbito de la regla «is qui tacet» era estrictamente el procesal en el ordenamiento jurídico de entonces. La segunda porque la regla «qui tacet» no hacía ninguna distinción y, por tanto, el texto de la ley quedaba manifiestamente desvirtuado como subrayaba, no sin cierta indignación, Agustín Barbosa. Sin embargo eran dos soluciones para impedir la injusticia de una ley de la que, por otra parte, no era posible prescindir.

Se comprende así la inseguridad con que los autores se mueven al estudiar la eficacia jurídica del silencio. Ya el Hostiense, con su fino criterio jurídico, apuntaba la idea de que la taciturnidad podía entenderse en múltiples sentidos. Precisamente por eso la teoría vino a desembocar en una simple casuística en que las excepciones venían a ser más numerosas que los casos comprendidos en la regla. Excepciones, nótese bien, que no eran apenas las previstas por la ley sino especialmente las establecidas por la doctrina como correctivo del texto legal.

¿Llegó la ciencia canónica a una construcción unitaria sobre el silencio? Algo se apunta en ese sentido en los escritores que establecen una jerarquía entre las «regulae iuris»: el silencio es un término medio que en sí nada dice, pero que se convierte en consentimiento tan pronto como desaparece esa situación indiferenciada. Pero claro está que esta construcción se lleva a cabo bajo el imperativo único de los textos de las reglas.

Sin embargo, lo mismo en ese esquema que en la tentativa de distinguir dos tipos de silencio determinados por el ámbito de aplicación de las normas que los rigen, se encuentra siempre el grave problema de las numerosas excepciones, que constantemente ponen en un compromiso la validez de cualquier teoría. De un modo especial el caso se torna sensible cuando la ley decide la equiparación entre el silencio y el consentimiento, bien sea en contra de la regla «is qui tacet», bien en materia perjudicial al que calla. Es el momento en que aparece el «favor», cada vez más ampliado en beneficio de diversos institutos jurídicos, con el fin de dar un fundamento —sin duda poco necesario— al texto legal, que los autores no miraban con demasiada convicción. Por eso puede verse que la construcción de los efectos jurí-

dicos del silencio, aunque basada en la ley procura buscar su justificación fuera de ella, de tal forma que la «taciturnitas» acaba por convertirse, como figura jurídica, en una entidad anómala. Sus efectos requieren una fundamentación diversa en cada caso, inspirándose en razones de interés general que sobrepasan la voluntad real de la persona que calla.

Tal es, en sus líneas esenciales, el balance de la tradición canónica sobre el silencio, elaborada en la mayor estrechez por la existencia de normas poco adecuadas que la doctrina se esfuerza constantemente en rectificar. Por eso, la regla 43 de las Decretales ningún apoyo encuentra en la dogmática que le permita reclamar el rango de principio general del derecho. La regla «qui tacet consentire videtur» bien puede ser enterrada con todos los honores, sin que la tradición jurídico-canónica en nada le sea deudora.

17. *El silencio en el C.I.C.*

Cabe ahora examinar las situaciones de silencio que aparecen en el Código, procurando buscar la razón de ser de sus efectos y la posibilidad de una aplicación analógica en los casos no previstos. Como es natural hay que atenerse a los casos más explícitos sin forzar interpretaciones de los preceptos legales. Tan sólo habrá que hacerse cargo de algunas situaciones especiales en que, aun no hablando expresamente el Código, se pueden plantear casos de silencio que, por su importancia, requieren una solución¹⁴⁰.

1. A título de aclaración podemos referirnos a todos los preceptos en que se regulan extinción de acciones, términos de apelación, quejas de nulidad, renunciaciones tácitas, etc. (cc. 158, 161, 188, 1679 y ss., 1881, 1886...). En todos ellos ante un silencio se producen efectos jurídicos equivalentes a los que se producirían si se hiciera una renuncia

140. Tal vez no sea exacta la opinión de BARTOCETTI (*Ob. cit.*, págs. 129-130), cuando considera casos de silencio aquellos en que la ley nada dice sobre algún punto. Por ejemplo, el canon 4 al hablar de los privilegios, subsistentes si no han sido revocados expresamente, «porque el Código con su silencio permite su continuación». El silencio de la ley es cosa distinta del silencio como expresión de voluntad.

Diferente es el caso del c. 1.325, § 1, relativo a la pública profesión de fe. Ahí el silencio puede encerrar implícitamente negación de la fe, desprecio de la religión, etc. Sin embargo, el carácter moral del precepto, tal como aparece enunciado, salta a la vista por su indeterminación.

expresa. Sin embargo no puede decirse que el silencio implique consentimiento de un modo general, ya que la no realización del acto o el no ejercicio de un derecho pueden deberse a infinidad de causas, olvido, negligencia, etc. Por eso no cabe decir que en ese silencio se contiene una voluntad que consiente, sino más bien que existe una prescripción de la ley de la que derivan unos efectos análogos.

2. El c. 105 plantea a este respecto un interesante problema: cuál sea el valor del silencio en la petición de consentimiento o consejo por parte del superior. Prescindiendo ahora de las controversias surgidas alrededor de este canon, veamos cuál es el valor de los actos en que se verifica un silencio por parte de los consultados.

Ya veíamos cómo Blanco Nájera y Regatillo dejaban el problema en suspenso, considerando que, en ausencia de ese consentimiento, el superior obra inválidamente mientras no lo obtenga «a no ser que el silencio equivalga al consentimiento»¹⁴¹. Con cierta imprecisión se pronuncia Cabreros al decirnos que «tratándose del consentimiento, el Superior obraría inválidamente si en forma explícita o implícita no lo obtuviera; si sólo se requiere el consejo, la no respuesta puede fácilmente interpretarse en el sentido de que los consultores nada tienen que decir»¹⁴². Pero esta posición, como es bien visible, apenas tiene en cuenta la validez del acto aunque, en lo que se refiere al consentimiento, parece no aceptar el silencio como equivalente. En sentido distinto Coronata procura discernir si en el silencio existe un consentimiento, diciéndonos que el superior «invalide agit, nisi tales occurrant circumstantiae quae silentium affirmativae responsioni aequivalere suadeant»¹⁴³. Pero claro está que, en este caso, ya no se trataría de un silencio sino de un consentimiento tácito.

Tanto Cabreros como Coronata llegan implícitamente a una solución correcta pero por un camino inexacto. El silencio no vale ni como asentimiento ni como disentimiento y por consiguiente, cuando no existan circunstancias que permitan reconocer un consentimiento tácito, el acto es inválido únicamente porque el derecho exige un consentimiento y éste no puede deducirse del simple silencio.

En lo que se refiere al consejo, la solución depende de la postura que se adopte al interpretar el canon, pero es indudable que el silen-

141. Vid. notas 129 y 130.

142. *Código de Derecho Canónico*, ed. B. A. C., nota al c. 105.

143. *Compendium*, I, pág. 234.

cio no puede interpretarse de modo distinto al que se le atribuya respecto al consentimiento. Por eso no es correcta la opinión de Blanco Nájera y de Cabrerros al decir que, en este caso, «se presume que el silencio equivale a la respuesta de que nada tiene que decir»¹⁴⁴. Evidentemente que no puede aceptarse una interpretación distinta del silencio en cada uno de los casos. Lo que sucede es que, según una opinión bastante común, el consentimiento se exige para la validez del acto pero no así el consejo. Por consiguiente como el silencio no implica una manifestación de voluntad, su presencia en el primer caso invalidaría el acto por la expresa prescripción del Código, mientras que en el segundo ese efecto no se seguiría porque la ley no parece imponer la nulidad.

3. Canon 143. Al disponerse que los clérigos no pueden abandonar la diócesis por tiempo notable sin licencia, al menos presunta, del ordinario, el simple silencio de éste ante el hecho implica efectos equivalentes al consentimiento. Nótese bien, que en realidad, no existe equiparación entre silencio y consentimiento ya que puede presumirse que hay licencia y salir de la diócesis, siendo de hecho contraria la voluntad del ordinario aunque no haya tenido manifestación. Por eso la acción es lícita en cuanto no se rompa la presunción por una manifestación expresa en contrario¹⁴⁵.

4. Canon 144. Análogo al anterior. Al clérigo que se halla en una diócesis ajena puede el ordinario de ésta, por causa justa, negarle la licencia de permanecer por más tiempo. Puede presumirse, en virtud de esa prescripción, que, no negándola, se permite la estancia, aun cuando puede ser que la voluntad sea contraria y por razones de cualquier tipo no se manifieste.

5. Canon 188, n. 8. Por renuncia tácita admitida por el mismo derecho, vacan ipso facto y sin ninguna declaración cualesquiera oficios, si el clérigo «residentiam, qua tenetur, illegitime deseruerit et receptae Ordinarii monitioni, legitimo impedimento non detentus, intra congruum tempus ab Ordinario praefinitum, nec paruerit nec responderit».

Como el texto hace notar, es el mismo derecho quien hace que el

144. Obs. y lugs. citados.

145. En la práctica hay que tener en cuenta el Decreto *Magni semper* (A. A. S. XI. 39) y la circular de la Congregación del Concilio de 1-VII-26 (A. A. S. XVIII, 312), aplicada posteriormente a los religiosos.

silencio del clérigo sea considerado en cuanto al efecto de vacación del oficio como renuncia tácita, sin aludir para nada a la voluntad del que no responde. Por otra parte, el carácter de sanción y la imposibilidad de extender este supuesto a casos no previstos, se deduce de la naturaleza penal del precepto.

6. Canon 420, § 1, 10.º. Están excusados del coro, pero con derecho a percibir los frutos de la prebenda y las distribuciones cotidianas «qui de Capituli consensu, non contradicente Episcopo, absunt a choro ob Capituli seu propriae ecclesiae utilitatem». El canon es, tal vez, el más típicamente concebido según los moldes de la casuística antigua.

Requiriéndose el consentimiento del cabildo, basta la no contradicción del obispo para que se produzcan los efectos. Es visible la aproximación a la idea del «favor» al indicarnos que la ausencia ha de deberse «ob Capituli vel propriae ecclesiae utilitatem». Entre los escritores apenas Cocchi se refiere al caso diciendo, inexactamente, que la excusa procede «ex voluntate Episcopi vel Capituli»¹⁴⁶.

7. Canon 846, § 2. Cuando se nos dice que cualquier sacerdote extraño a una iglesia puede distribuir la sagrada comunión aun fuera de la misa con licencia al menos presunta del rector, la no contradicción de éste es suficiente para que el sacerdote pueda hacer uso de la facultad concedida por el canon. La presunción de este consentimiento se apoya en el derecho para este caso concreto, aunque en rigor no pueda inducirse que el silencio equivalga al consentimiento mientras no se haya hecho una expresa manifestación de voluntad.

8. Canon 1088, § 2. En este canon no se plantea propiamente un problema de silencio. La actitud pasiva o la taciturnidad de uno de los cónyuges hace que el matrimonio sea inválido si el consentimiento no puede deducirse de otras circunstancias¹⁴⁷. Sin embargo el canon viene a cuento por la manera en que algunos autores encaran la naturaleza del silencio.

Así, por ejemplo, Chelodi nos dice que «merum silentium sponsae, nisi alia adminicula accedant, potius ut signum dissensus quam assensus praesumendum est»¹⁴⁸. Pero esta interpretación no es exacta, pues-

146. *Commentarium in Codicem Iuris Canonici*, Taurini, 1925, III, pág. 319.

147. KNECHT, *Derecho matrimonial católico*, Madrid, 1932, pág. 415.

148. *Ius matrimoniale*, Tridenti, 1921, pág. 131. En el mismo sentido CERATO, *Matrimonium a Codice Iuris Canonici integre desumptum*, Patavii, 1920, pág. 152. Dudoso,

to que es muy diferente decir que el «merum silentium sponsae non sufficit ad validitatem» a entender que ese silencio hace presumir un disentimiento. Piénsese, por ejemplo, en el caso de que existiendo realmente voluntad de contraer, no se manifieste por causa de miedo. El silencio no es suficiente para la validez, no porque indique inexistencia de la voluntad de contraer o disentimiento, sino porque el Código exige la manifestación de ese consentimiento y el silencio no es de por sí una manifestación de voluntad. En este caso lo que se verifica es la inexistencia de un requisito exigido para la validez del acto.

9. En materia procesal encontramos abundantes casos de silencio, en los que rige el principio de que quien calla nada dice. Por eso Bartocetti ha subrayado que la regla «is qui tacet» podía encontrar oportuna cabida en el Código al tratar estos temas¹⁴⁹.

Las excepciones se dan sobre todo en el caso de contumacia (cc. 1729, § 1, 1842, 1843, 1844...). En ellos los efectos atribuidos al silencio tienen un carácter penal, sin que esa atribución presuponga un juicio sobre la voluntad real de quien calla.

10. Canon 1743. A propósito del interrogatorio judicial de las partes hallamos un caso preciso. Salvo cuando no hay obligación de responder, «si pars legitime interrogata respondere recuset, quanti facienda sit haec recusatio, utrum iusta sit, an confessioni aequiparanda, necne, iudicis est aestimare». Del texto del canon se desprende, no que el silencio sea confesión, sino que el juez puede tenerla como tal, produciendo los mismos efectos que si realmente fuese:

Como hace notar Muñiz, el silencio sobre un hecho alegado por la parte contraria y del cual no pregunta el juez, nunca en los tribunales eclesiásticos equivale a la confesión judicial. Podrá ser un indicio, pero nada más, como tampoco puede tenerse por confeso al declarado rebelde o contumaz¹⁵⁰. Contrariamente, el que rehusa responder al juez en los interrogatorios o prestar el juramento supletorio o el decisorio, no es tenido por confeso *ipso iure* (c. 1831, § 2, 1836, § 3), pero el juez

a pesar de la afirmación anterior, KNECHT (Ob. cit., pág. 466). Por su parte WERNZ indica que «in re adeo gravi, ubi agitur de contractu indissolubili ex perfecta libertate ineundo, silentium filiorum saltem regulariter, potius dissensum quam consensum insinuat» (*Ius matrimoniale*, 1946, pág. 591, n. 14).

149. Ob. cit., pág. 131.

150. *Procedimientos eclesiásticos*, Madrid, 1926, III, pág. 230.

puede tenerlo por tal según las circunstancias¹⁵¹. La naturaleza del silencio y el origen de sus efectos quedan así suficientemente explícitos.

11. En el mismo sentido que hasta aquí se viene subrayando, el c. 1710 al referirse a la aceptación por parte del juez del escrito de demanda, nos dice que si a pesar de haberse instado el cumplimiento de esa obligación, «nihilominus iudex sileat», el demandante puede interponer recurso ante el Ordinario o el tribunal superior. En este caso, el silencio apenas supone el incumplimiento de un deber, que la ley por el interés público debe proteger.

Aun cuando exista el natural riesgo de no tratarse de una enumeración exhaustiva, los casos precedentes recogen situaciones de silencio previstas por el Código o que cabe inducir sin interpretaciones demasiado forzadas. En todas ellas aparece como elemento común una atribución de efectos determinada por la ley en atención a cada caso. De modo alguno se insinúa la equivalencia entre el silencio y el consentimiento ni tampoco el legislador se plantea ninguna pregunta sobre el contenido real de la voluntad de la persona que calla.

No se ve, por tanto, ningún fundamento para una interpretación analógica en los casos no previstos. Es la ley quien atribuye los efectos teniendo en cuenta las repercusiones que, en la vida del derecho, puede tener una actitud de silencio cuyas causas internas o externas se desconocen. Salvo en los casos determinados por la ley podríamos recordar —aquí sí— la profunda idea de un aforismo romano: «intentione mente retenta nihil in humanis contractibus operatur» (C. 60. D. 19, 2).

18. *La teoría del silencio.*

Al llegar a este punto, y después de haber examinado los diferentes aspectos del problema del silencio, es preciso volver a las interrogaciones iniciales. ¿Qué es, pues, jurídicamente, el silencio? ¿Qué lugar ocupa en el conjunto de los fenómenos jurídicos? ¿Es posible, a pesar de todo, una regulación uniforme del silencio en la vida del derecho? Y ahora es preciso añadir otra más: ¿qué razón de ser tiene la preocupación doctrinal por el silencio y la tendencia a equipararlo al consentimiento?

151. MUNIZ, *Ob. cit.*, III, págs. 214-215, 253-254; GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, *Instituciones jurídicas en la Iglesia Católica*, Madrid, 1942, II, págs. 247 y ss.; REGATILLO, *Ob. cit.*, II, págs. 232 y ss.

Para responder a esas preguntas es preferible empezar por la última de ellas.

En el orden del derecho positivo canónico, la existencia de una teoría del silencio no requiere especial justificación. El encuentro de unas normas de carácter general en que se atribuía al silencio un determinado valor jurídico, obligaba a plantear en toda su extensión el análisis de esa forma de comportamiento humano, teniendo en cuenta los límites fijados por el legislador. Si, como hemos visto, los resultados de la teoría estuvieron demasiado sujetos al condicionalismo legal, tampoco era fácil, en esas circunstancias, encontrar unos supuestos que permitieran una perspectiva más despejada.

No obstante, aparte esta razón histórica, es indudable que la preocupación por el silencio y su eficacia jurídica tiene su arraigo en la propia teoría general del derecho. Al fin y al cabo el derecho, además de una exigencia de justicia, e incluso como uno de sus elementos, tiene la misión de dar una certeza a las relaciones. En la medida en que las intenciones humanas adquieren un carácter objetivo y externo por medio de la manifestación de la voluntad, el silencio se presenta como un elemento perturbador. La vida jurídica no puede estar en suspenso, la efectividad y el orden de las relaciones exigen una precisa determinación de las voluntades, la buena fe que debe presidir el conjunto social no tiene por qué estar condicionada o ser sorprendida por actitudes reticentes.

Todas estas razones encierran una innegable verdad y constituyen la base positiva de las doctrinas que consideran necesario atribuir al silencio una significación determinada. Que esa significación haya sido el consentimiento es perfectamente explicable en la medida en que la vida del derecho, tal como la vida social que refleja, tiene más de afirmación que de abstencionismo o de negación. Sin embargo el equívoco empezará tan pronto como ese carácter de la vida jurídica en general, pretenda aplicarse a todas las situaciones individuales, convirtiendo lo que es una característica de la vida en una exigencia concreta que se quiere imponer a la persona. Y ese equívoco se transformará en un error de importancia al querer someter la voluntad humana al deseo de una certeza total en las relaciones jurídicas. A pesar de su enunciado algo dubitativo, a él aboca el principio «qui tacet consentire videtur».

La resistencia a la teoría y tal vez su principal objeción residen en la libertad humana. En efecto, ¿la exigencia de una certeza postula que en todas las situaciones y en todos los momentos un sujeto de de-

recho tenga que decir que sí o que no, aceptar o disentir sabiendo que de su respuesta derivan consecuencias jurídicas que le afectan? ¿Puede la ley —o la doctrina de los juristas— definir, con carácter generalizador, el sentido de su voluntad en esas situaciones, cuando precisamente no la manifiesta? Ambas preguntas son legítimas en el orden de la justicia y no hay duda de que, en los dos casos, la respuesta ha de ser negativa.

El problema es, por tanto, de peso y medida. Hay que saber cuándo el silencio de una persona supone un quebranto de la estabilidad que el derecho requiere y cuándo la buena fe puede ser perjudicada por una actitud en que la voluntad no se manifiesta. En esos casos será justo no permitir que el silencio o la abstención perturben las relaciones jurídicas. Pero claro está que, ni aun en esos momentos, la ley o la doctrina pueden decir cuál es el contenido de esa voluntad, si consiente o disiente, si afirma o niega. Lo único que les compete es atribuir a esa actitud los mismos efectos que tendría una determinada manifestación de voluntad de acuerdo con los postulados de la justicia en cada caso determinado.

Bajo el influjo de la regla «qui tacet», el problema del silencio no fue planteado correctamente por los canonistas antiguos. En el fondo hay que separar dos cuestiones enteramente distintas: el que calla, ¿tiene una voluntad?, el que calla, ¿manifiesta una voluntad?¹⁵². Se trata de dos cosas diferentes y el defecto de la doctrina residió en hacer de ambas una sola, viéndose obligada a resolver el caso de acuerdo con el derecho positivo. Veamos el valor de esta distinción.

Que en el silencio exista o pueda existir una voluntad es algo indudable. Si se parte del principio de que la «taciturnitas» sólo es posible en el campo del derecho cuando hay un conocimiento y cuando se trata de un sujeto capaz de actuar, es preciso admitir que la persona que calla tiene respecto al acto que se realiza una adhesión o un disentimiento, o que al menos puede tenerlo. Ahora bien, ¿cuál es el contenido de esa voluntad? Desde el punto de vista del derecho el problema es insoluble, tan insoluble como el saber las causas o los motivos por los que esa voluntad no se manifiesta. Ese terreno es el de la pura interioridad del hombre.

¿En qué se funda la teoría que reconoce ahí un consentimiento? ¿Por qué no admitir que se trata de un disentimiento? Objetivamente

152. BONFANTE. *Ob. cit.*, págs. 175 y ss.

apenas se encuentra una preocupación de certeza jurídica, llevada hasta las últimas consecuencias.

En realidad callar y consentir o disentir pertenecen a planos diferentes: el silencio no quiere decir sino que el que calla no habla pero de ahí no puede seguirse ni que afirme ni que niegue, ni que asienta ni que disienta. La regla «is qui tacet» recoge con exactitud este aspecto esencial del problema. Pero claro está que, en ocasiones, el silencio, es decir el «omitir el manifestar la propia voluntad significa no cumplir el acto positivo de manifestar con palabras o gestos la propia intención»¹⁵³. Y es aquí donde se centra el problema verdaderamente jurídico del silencio: la obligatoriedad de manifestar la voluntad en casos determinados¹⁵⁴.

Sin embargo, en el derecho canónico ha pesado mucho una de sus características: el cuidado en valorar las intenciones. Por eso la construcción de los canonistas anteponía el valor de las conjeturas a la eficacia de la regla, a veces incluso sin reparar que con esas conjeturas la situación de silencio había desaparecido. En el caso de la regla «qui tacet», ese cuidado de inducir la voluntariedad del acto llevó demasiado lejos creando, de modo indirecto, una obligación genérica de manifestar la voluntad, so pena de que el silencio valiese como consentimiento.

Ahora bien, las mismas expresiones de silencio, «taciturnitas», «patientia», etc., nos dicen que el que calla no manifiesta una voluntad. Mucho menos una voluntad «jurídica» aun cuando muy bien pueda existir esa voluntad en el sujeto y con un sentido determinado.

Por tanto, en el campo del derecho el silencio en sí no tiene ninguna relevancia y sólo la tendría si le competiera dictar normas sobre la voluntad interior del hombre. En ningún caso puede ser eficaz para la validez de un acto en el que se requiera un consentimiento manifestado, expresa o tácitamente. Solamente sirve para concluir un acto cuando la ley lo considera suficiente, no en cuanto manifestación de voluntad, sino como supuesto de hecho para precisar unos efectos jurídicos.

En estas condiciones, cualquier aplicación analógica debe desecharse. La analogía nos dice que «ubi eadem est ratio, eadem esse debet

153. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, pág. 163.

154. En lo que se refiere a la norma «qui tacet», BATTI ha subrayado, «aparte in linea di principio, la falsità di essa di fronte alla realtà» (*La rappresentanza per il matrimonio*, Roma, 1932, pág. 6).

iuris dispositio». Ya al examinar los casos de silencio recogidos en el Código vemos que la «ratio» de la eficacia del silencio era muy diversa en unas y otras situaciones. Sin embargo, esta posición puede confirmarse con una breve crítica de las doctrinas que podrían fundamentar una analogía.

De especial favor goza la doctrina que defiende que, quien calla cuando puede y debe hablar, se entiende que consiente. Aunque sugestiva y con una indudable preocupación por resolver con justicia el problema, no debe admitirse.

Por de pronto, del hecho de que una persona calle, pudiendo y debiendo hablar, no se sigue otra cosa sino que ha faltado a ese deber, pero no que haya consentido o disentido. Si admitiésemos la equiparación entre silencio y consentimiento incurriríamos en una confusión: no es lo mismo responsabilidad por el no cumplimiento de un acto que responsabilidad por su no formación. No distinguiendo estos dos aspectos, el consentimiento atribuido al silencio tendría el valor de una sanción por la no formación del acto jurídico, cuando a lo más podría tratarse de una sanción —equiparación de efectos— por el incumplimiento de un deber.

Pero, por otra parte, y es la objeción mayor que presenta esta teoría, lo difícil es saber cuando existe ese deber de responder. Es un terreno en el que no caben demasiadas consideraciones a priori y en que hay que acabar por remitirse a los casos concretos en que la ley lo establece, con lo que la teoría de nada aprovecha. Fuera de la determinación legal sería arriesgadísimo aceptar una doctrina en que se estableciesen criterios para decidir cuándo las personas tienen que manifestar su voluntad, haciéndoles sufrir, en caso contrario, las consecuencias jurídicas de su silencio ¹⁵⁵.

La doctrina utilitaria, es decir, la que considera que el silencio supone consentimiento en las cosas favorables al que calla y disentimiento en las desfavorables, adolece también de defectos importantes. Su lado más seductor desde el punto de vista de la certeza jurídica es la aceptación de un hecho frecuente en la vida: la protesta ante las cosas desfavorables.

Con todo, la doctrina encuentra sus dificultades. Una misma cosa es útil o perjudicial para personas distintas e incluso para la misma persona en circunstancias diferentes. Tropezamos así con una cuestión

155. Quedan a salvo, como es natural, las exigencias éticas que imponen ese deber, ya que no es el problema que nos ocupa.

valorativa en que, para proceder con justicia, la decisión sobre la utilidad o el perjuicio habría que dejarla a la persona que, precisamente, calla. Y como es lógico, si se esperase a reconocer por el silencio que una cosa aparentemente aceptada es útil o perjudicial, nos encontraríamos en un círculo vicioso en que difícilmente se salvaría la estabilidad de las relaciones.

Esta doctrina en el campo del derecho civil quizá podría llamar en su apoyo una valoración patrimonial de lo útil o lo oneroso, de acuerdo con las características de los actos o negocios jurídicos en los que se produce una «taciturnitas». Pero no hay duda de que en el derecho canónico, por sus acentuadas notas espirituales, tal valoración es mucho más difícil de precisar.

Por último, el subjetivismo a que conduce esta teoría hace difícil salvaguardar la buena fe y la misma certeza jurídica. En los casos en que resulta difícil determinar si una materia es favorable o perjudicial, el silencio volvería a renacer sin posibilidades de solución, sin olvidar tampoco que el dolo tendría una puerta abierta con la simple propuesta de conclusión de actos en materia solo relativamente favorable.

Queda, por tanto, como posición más sólida, la que se viene exponiendo a lo largo de este trabajo. Quizá sea más modesta, pero se ajusta con rigor al examen de los conceptos jurídicos que entran en juego y satisface a las características del derecho positivo. El silencio en sí no tiene valor jurídico ni constituye una manifestación de voluntad. De ahí que por su propia naturaleza no produzca efectos jurídicos. Es la ley quien, sin decidir sobre el contenido de la voluntad que se encierra en él, preceptúa unos efectos determinados en cada caso, equivalentes a los que se producirían si hubiera una determinada manifestación de voluntad. De esa forma la ley, con carácter excepcional, impide que el silencio perturbe la estabilidad de las relaciones jurídicas, sin que por eso el silencio en las demás situaciones adquiera ninguna coloración ante el derecho. Es el ámbito en que la libertad individual debe respetarse.

Sin embargo, para dejar completa la materia, cabe encontrar otro origen —ya presentado por la tradición canónica— a los efectos jurídicos del silencio: la convención. Pero en este caso no es suficiente establecer por pacto la obligación de hablar, sino que es preciso hacer constar que el silencio hay que interpretarlo como manifestación de voluntad y en un sentido determinado¹⁵⁶.

156. STOLFI, *Ob. cit.*, pág. 165.

Ejemplos de esta posibilidad son frecuentes en la legislación concordataria. Así por ejemplo, en el punto 3 del convenio de 7-VI-1941, sobre provisión de beneficios consistoriales, al referirse al comunicado que debía hacerse al gobierno español por si éste tenía objeciones de carácter político, se precisaba: «En caso de que transcurriesen treinta días desde la fecha de la susodicha comunicación sin una respuesta del gobierno, su silencio se interpretará en el sentido de que éste no tiene objeciones de aquella índole que oponer a los nuevos nombres, quedando entendido que entonces, el Jefe del Estado presentará, sin más, a Su Santidad uno de los candidatos incluídos en dicha terna»¹⁵⁷. En este texto y, en general, en los de carácter análogo, se encuentra implícita una idea de importancia y es que los pactos en que el silencio aparece así configurado, deben incluir la fijación de un plazo, ya que sería injusto constreñir la libertad de otros al arbitrio de una de las partes.

Con esto puede darse por concluído el examen de la eficacia jurídica del silencio, tanto como manifestación de voluntad cuanto como simple actitud de la persona que se ve interrogada. La tesis mantenida, pudiera parecer rigurosa. No obstante es la que mejor protege la buena fe y el respeto a la libertad individual, salvando en todo momento las exigencias del bien común de la Iglesia. «En teoría, el silencio se distingue netamente de la manifestación tácita de voluntad, en la práctica no siempre. Pero la cuestión no es jurídica, sino de hecho y de interpretación del hecho. La práctica puede ofrecer algunos delicados problemas, pero la teoría jurídica no puede sino responder: *facti quaestio est*» (Bonfante).

F. JAVIER DE AYALA

157. Menos explícito es el motu proprio *Apostolico Hispaniarum Nuntio*, al referirse al nombramiento de auditores de la Rota española: «Cuando el Nuncio Apostólico recibiere la respuesta del Gobierno o cuando, habiendo transcurrido treinta días, desde la fecha en que se envió la lista no hubiese recibido contestación alguna, transmitirá dicha lista a la Santa Sede». Sin embargo, no se trata de un convenio y por tanto la resolución del silencio es unilateral. Con todo, a partir del concordato de 1953, al incorporarse el motu proprio al derecho concordatorio español (art. 25), adquiere carácter convencional en ésta como en otras materias. (Vid. MIGUÉLEZ, *La Rota española su establecimiento y su obra*, en el vol. «El concordato de 1953». Madrid, 1956).

En el mismo sentido del texto, puede verse el art. 2.º del convenio de 16-VII-1946 sobre provisión de beneficios no consistoriales.