

RIDA

REVUE
INTERNATIONALE
DES DROITS
DE L'ANTIQUITÉ

63²⁰¹⁶



Presses Universitaires de Liège

(Anciens) Directeurs de la RIDA

Fernand De Visscher (1952-1964), Jacques Pirenne (1952-1964), Lucien Caes (1965-1977), René Dekkers (1965-1976), Roger Henrion (1965-1988), Maurice Michaux (1965-1985), Aristide Théodoridès (1978-1994), Jacques Henri Michel (1986-2012), Roger Vigneron (1989-2002), Huguette Jones (1997-), Jean-François Gerkens (2003-), Gilbert Hanard (2011-).

Rédacteur en chef

Jean-François Gerkens, rue du XIII Août 89, BE – 4050 Chaudfontaine

Comité de rédaction

Alonso (J.L.), Paseo Manuel de Lardizábal 2, ES – 20018 San Sebastián
Ankum (J.A.), Kennemerweg 24 (App. 21), NL – 2061 JH Bloemendaal
Cascione (C.), via Aniello Falcone 376, IT – 80127 Napoli
Chevreau (E.), 53, Rue de l'Amiral Mouchez, FR – 75013 Paris
Démare-Lafont (S.), 12, Place du Panthéon, FR – 75005 Paris
Dimopoulou (A.), Rue Akadimias 45, EL – 10672 Athènes
Famerie (E.), Place du 20 août 7, BE – 4000 Liège
Masi Doria (C.), via Niccolò Tommaseo 2, IT – 80121 Napoli
Modrzejewski (J.), 7, allée des Mouille-Bœufs, FR – 92290 Châtenay
Pichonnaz (P.), Beaugard 11, CH – 1700 Fribourg
Pugsley (D.), Rockhaven, St. George's Well, Cullompton, Devon, UK – EX 15 1AR
Ruelle (A.), Boulevard du Jardin Botanique 23, BE – 1000 Bruxelles
Rüfner (Th.), Universität Trier, DE – 54286 Trier
Urbanik (J.), Jaracza 3/10, PL – 00-378 Varsovie
Wallinga (T.), Sint Jacobsplaats 132, NL – 3011 DD Rotterdam

Envoi de manuscrits

Jean-François Gerkens, Université de Liège
Quartier Agora, Place des Orateurs 1
Bâtiment B33 (boîte 11), BE – 4000 Liège
jf.gerkens@ulg.ac.be

Diffusion et vente

Editions De Boccard

4, rue de Lanneau, FR - 75005 Paris (France)
Tél. +33 1 43 26 00 37 / Fax +33 1 43 54 85 83 / <http://www.deboccard.com>
Information, abonnement et commandes : orders@deboccard.com

Table des matières

Éditorial, par Jean-François GERKENS 7

Droit des papyrus

Lothar THÜNGEN, *Neuedition von PL II/38 aus einem griechischen
Index zu Papinians libri definitionum* 9

Droit chinois

Geoffrey MACCORMACK, *Physical Injury and Insult in Early Chinese
Law with Comparative Annotations from Other Early Laws* 43

Droit romain

Carlos AMUNATEGUI, *Market and Ownership in Iron Age Latium* 79

Maria Vittoria BRAMANTE, *A proposito di D.12.1.3 (Pomp. 27 ad
Sab.): per una interpretazione del concetto di bonitas* 109

Rachele HASSAN, *Bees, Slaves, Emperors, Tyrants: Metaphors of
Constitutional Change in Rome Between the Republic and the
Principate* 143

Aldona Rita JUREWICZ, *Bürgschaft eines Sklaven für seine Herrin?
Bemerkungen zur fidepromissio servi in TP. 59
(=TPSulp. 58=TPN 48)* 161

Carmen LÁZARO GUILLAMON, *El silencio del demandado en el
proceso civil: aproximación histórico-crítica al aforismo “quien
calla, otorga”* 177

Lyuba RADULOVA, *Iura sepulcrorum nella Moesia Inferior: la
realizzazione di un fenomeno romano in un ambito greco-trace* 197

Carlos SARDINHA, *Rechtsvergleichendes zur Sicherungsübereignung
in der antiken Vertragspraxis* 213

Jop SPRUIT, *Aulus Gellius als Richter. Eine Betrachtung zu Gellius,
Noctes Atticae XIV, 2* 227

Droit byzantin

Marko PETRAK, <i>Nobile hoc Romani Imperii monumentum: Laudes imperiales in Byzantine Dalmatia</i>	263
--	-----

Droit romain aux temps modernes

Osvaldo SACCHI, <i>La regula iuris e i casi perplexi di Leibniz: algoritmo di buona decisione o presidio di verità nel diritto?</i>	279
Ipek SOGUT, <i>Precautions against interventions creating environ- mental effects in Roman Law and its reflection of Turkish Law</i>	311

Chroniques

Procès verbal du X ^e prix Boulvert	327
Jean-François GERKENS, <i>La SIHDA à Paris</i>	335
Ouvrages reçus par la direction	379

Éditorial

Jean-François GERKENS

Voici déjà le troisième volume de la RIDA dans son nouvel emballage... auquel nous espérons que les lecteurs se sont désormais habitués. Après un numéro 62 (en hommage à Jacques Henri Michel) finalement paru en janvier 2017, cette année pourrait bien devenir l'année des trois RIDA, dès lors que d'après nos prévisions (faut-il écrire espoirs ?), le numéro 64 devrait encore paraître avant la fin de l'année 2017.

Le présent numéro comporte les rubriques habituelles, avec un retour d'une chronique de la SIHDA plus complète que dans le numéro précédent, incluant à nouveau les résumés de la plupart des conférences prononcées. Comme le lecteur peut l'imaginer, la différence vient ici en partie de la discipline des conférenciers et des organisateurs de la SIHDA. J'ai dès lors fourni une traduction en français de tous les résumés dont je disposais.

Rendez-vous est maintenant donné pour la 71^e session de la SIHDA à Bologne et Ravenne, dont le thème central sera : La liberté et les interdictions dans les droits de l'Antiquité. Elle se tiendra du 12 au 16 septembre 2017. Dans l'espoir de vous y rencontrer nombreux, je souhaite à chacun une bonne lecture !

Chaufontaine, le 15 juin 2017
Jean-François Gerkens

El silencio del demandado en el proceso civil: aproximación histórico-crítica al aforismo “quien calla, otorga”*

Carmen LÁZARO GUILLAMÓN

Université Jaume I à Castellón

1. Introducción

No puede negarse que el aforismo “quien calla, otorga” está inculcado en el subconsciente colectivo jurídico y metajurídico sin que, en línea de principio, se reflexione sobre qué consecuencias provoca ese silencio y en qué contexto se produce¹. Esencialmente, el silencio se relaciona casi siempre con el ámbito del negocio jurídico y, particularmente, con el entorno de las relaciones contractuales. Sin embargo, este estudio se aleja del estricto ámbito del derecho sustantivo y se centra exclusivamente en el Derecho procesal civil y, en concreto, en el caso del silencio del demandado.

En el moderno Derecho procesal civil español la oposición del demandado a la acción del demandante está implícita tanto en su actividad como en la falta de ésta²; ello significa que dicha falta de actividad del demandado no se resuelve en una directa absolución, sino que se deben clarificar cuáles pueden llegar a ser las diferentes conductas de aquél cuando, una vez admitida la demanda, se produce el trámite del emplazamiento. En particular, estas actitudes pueden ser: allanarse; no comparecer (caso de la rebeldía); contestar a la demanda; reconvenir; y por último,

* Este artículo corresponde a la comunicación presentada con el mismo título en la 68ª *Session de la Société Fernand de Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité*, que tuvo lugar en la Università degli Studi di Napoli Federico II, del 16 a al 20 de septiembre de 2014, cuyo lema fue “*Regulae iuris. Racines factuelles et jurisprudentielles, retombées pratiques*”.

1. Como manifiesta F. JAVIER DE AYALA, “Silencio y manifestación de voluntad en Derecho canónico”, *Ius Canonicum* I/1 (1961), p. 28, “la frase quien calla otorga, a pesar de su comprobada inexactitud, es tenida como sentencia común en la vida diaria”.
2. Afirma M. GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, *El comportamiento procesal del imputado (Silencio y falsedad)*, Bosch, Barcelona, 1979, p. 16, que el principio de probidad puede darse de forma plena en el proceso civil pero no en el proceso penal — al que no nos dedicamos en este trabajo —, y en el que, en relación con la persona del imputado, sufre una indiscutible e incontestable quiebra que se materializa en la facultad que el imputado tiene de callar o de mentir.

comparecer pero bien no contestar a la demanda por presentar declinatoria³, o bien personarse sin más para, presumiblemente, evitar ser declarado rebelde.

De todas estas actitudes nos interesa la última: personarse sin más, esto es, comparecer pero no contestar a la demanda. Esta actitud ocurre inusitadamente en la práctica⁴ pero es perfectamente posible. Quizá lo inusitado del supuesto sea la causa de su falta de tratamiento concreto en la Ley de Enjuiciamiento Civil — en adelante LEC —, sin duda, los previsiblemente pocos supuestos que pueden llegar a producirse no proporcionan una inmediata necesidad de regulación; esta falta de regulación explícita ha provocado que el silencio del demandado, a pesar de su comparecencia, se haya asimilado a otras situaciones que pueden parecer análogas pero que plantean no pocos problemas, precisamente, es la situación en la que el demandado comparece pero no contesta la que plantea una cuestión tal como la existencia de dos efectivas cargas procesales: la de comparecer y la de contestar a la demanda, dado que el Derecho procesal civil español resuelve que si el demandado comparece y no formaliza su escrito de contestación, puede provocar la preclusión de la posibilidad de negar los hechos aducidos en la demanda, es más, el tribunal podrá valorar ese silencio como *ficta confessio* siguiendo la estela del aforismo “quien calla, otorga”, por lo que si el actor prueba los hechos que fundamentan su pretensión, la sentencia será desfavorable al demandado. La situación descrita es incluso más gravosa que la de la rebeldía, dado que el declarado rebelde tiene abierta la posibilidad de purgarla que no tiene quien comparece pero no contesta.

Sin duda, la integración en el subconsciente jurídico colectivo de la máxima “quien calla, otorga”, ha sido el fruto de un proceso histórico de interpretación y reinterpretación de textos de Derecho romano que ha podido distorsionar la concreta materia y la casuística tratada en las fuentes jurídicas romanas. Por tanto, tras el planteamiento del problema en el Derecho procesal civil español, un análisis histórico-crítico del silencio en el ámbito procesal y, más concretamente, del aforismo “quien calla, otorga”, puede ofrecer luz sobre la actual regulación, su complejidad y la falta de reconocimiento expreso de la conducta del demandado que se persona pero que no contesta a la demanda. El punto de partida de este análisis se encuentra en el conocido fragmento de Paulo, D.50.17.142, donde el jurista trató de definir dos situaciones diferentes: la de *confessus* (la de quien reconoce y se allana) y la de *tacens* (la de quien no se defiende, la de quien con su silencio trataría de evitar cualquier responsabilidad) teniendo en cuenta a continuación la reinterpretación de la gl. *Qui tacet, ad* D.50.17.142. Al mismo

-
3. La Ley de Enjuiciamiento Civil española ha introducido la carga de denunciar, dentro de los diez primeros días del plazo de contestación (artículo 64.1), y a través de la declinatoria, determinados presupuestos procesales del órgano jurisdiccional, tales como su propia jurisdicción, competencia territorial o la sumisión al arbitraje.
 4. Vid. en este sentido J. MONTERO AROCA – J.L. GÓMEZ COLOMER – S. BARONA VILAR – M.P. CALDERÓN CUADRADO, *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 332.

tiempo, no podemos obviar las fuentes de Derecho canónico a cuya simple cita, a decir de Magni⁵, se limita la moderna doctrina sobre el silencio, en efecto, el autor considera que no hay una clara visión del Derecho canónico y de la doctrina canónica en la formación y aplicación del famoso brocardo. La moderna doctrina sobre el silencio suele limitarse a la cita de las dos conocidas reglas incluidas en el Corpus Iuris Canonici, siendo la doctrina y jurisprudencia medieval en general, y canónica en particular, poco conocida.

Desde estos presupuestos, para centrar la materia se procederá a un análisis de la cuestión en el actual Derecho procesal civil español con el objetivo de delimitar el alcance de la recepción del Derecho romano y del *Ius commune*, esto es, de la labor de glosadores y canonistas sobre el sentido y alcance de la *regula iuris* romana de D.50.17.142 para el caso del demandado que comparece pero no contesta a la demanda.

2. La cuestión del demandado que comparece pero no contesta en el Derecho procesal civil español

Dispone el artículo 404 de la LEC que, una vez admitida la demanda, se dará traslado de ella al demandado y se le concederá un plazo de veinte días para que se persone y la conteste en la forma y con el contenido previsto en los artículos 405 y siguientes de dicho cuerpo legal⁶. En relación con el juicio verbal, el artículo 440.1 de la LEC obliga, una vez admitida la demanda, a citar a ambas partes, actor y demandado, en un plazo no inferior a diez, ni superior a veinte días a la realización de la vista en la que expondrán oralmente sus alegaciones⁷. A pesar de lo expuesto, en el ordenamiento procesal español no existe una auténtica obligación procesal

-
5. C. MAGNI, “Il silenzio nel Diritto canonico”, *Rivista di Diritto privato* 1(1934), p. 51 y 52, esencialmente cuando el autor afirma que el imperfecto conocimiento de las doctrinas medievales por los juristas más modernos, ha hecho que no se haya tenido una visión clara del Derecho canónico y de la doctrina canonística en la formación y la aplicación del famoso brocardo *qui tacet, consentire videtur*, en el que el acogimiento del silencio se concreta en una exigencia cualitativamente similar a la del Derecho romano que se extendía fuera del estricto ámbito de las relaciones contractuales.
 6. Es necesario señalar que la LEC establece dos criterios para determinar qué clase de juicio es el aplicable en cada caso concreto: el criterio de la materia de que se trate y el de la cuantía de la reclamación; igualmente establece cuatro tipos de procedimientos judiciales que también presentan particularidades en función de los asuntos que se tramitan.
 7. Además, hay que añadir que en el procedimiento monitorio la inactividad del demandado provoca la inmediata ejecución. Este procedimiento es un procedimiento especial previsto para reclamar cantidades de cualquier importe cuando la deuda conste en algún tipo de documento sin importar su forma, su clase o el soporte físico en que se encuentre si aparecen firmados por el deudor o con su sello, marca o con cualquier otra señal, física o electrónica; las facturas, albaranes de entrega, certificaciones... que puedan acreditar una relación comercial entre el acreedor y el deudor también son admitidas. En el procedimiento monitorio la intervención de abogado y procurador solo será obligatoria en el caso de que el deudor formule oposición y la cuantía de la reclamación supere los 2 000 €.

de comparecencia, ni del demandante, ni del demandado, por cuanto el Juez no puede constreñir a las partes a que ejerciten sus respectivos derechos a la tutela y de defensa. Es cierto que el demandado tiene la carga procesal de responder a la llamada del Juez⁸ y de ejercitar su derecho de defensa: si no levanta dicha carga mediante su simultánea personación y contestación a la demanda, la audiencia preliminar en el juicio ordinario o el juicio verbal se celebrará con la sola presencia del actor “en lo que resultare procedente” (artículo 414.3 *in fine*, dado que la no personación y contestación del demandado no implica admisión completa del *petitum* del actor) y el Juez declarará su eventual rebeldía (artículos 496⁹ y 442.2 de la LEC), exponiéndose a una sentencia posiblemente desfavorable, dictada *inaudita parte*. Puede decirse, por tanto, que se perciben claramente dos cargas procesales, la de comparecencia y la de contestación a la demanda, de forma que si el demandado comparece y no formaliza su escrito de contestación, se le precluirá la posibilidad de negar los hechos de la demanda (artículo 136 de la LEC) y el Tribunal podrá valorar ese silencio como *ficta confessio* (artículos 405.2 y 440.1), por lo que, si el actor prueba los hechos constitutivos de su pretensión, la sentencia, muy probablemente, le será desfavorable.

Queda claro que el supuesto de comparecencia y falta de contestación a la demanda no es asimilable al caso del allanamiento, porque éste supone la declaración expresa de voluntad por parte del demandado de no formular oposición, de conformarse con la pretensión planteada por el demandante y, en consecuencia, de que se dicte sentencia estimatoria¹⁰. Se trata de un acto del demandado, por el que, manifestando su conformidad con la pretensión formulada por el demandante, pone fin al proceso, provocando la emisión de una resolución con todos los efectos de la cosa juzgada. Esto significa que el allanamiento ha de ser personal, claro, concluyente e inequívoco, expreso, consciente y previsible y efectuado sin condicionamiento alguno: el allanamiento, en tanto que acto de disposición del derecho

-
8. Esta carga procesal de comparecencia se acrecienta en determinados procedimientos: como se ha concretado en nota anterior, en el procedimiento monitorio su incumplimiento puede generar un título de ejecución (artículo 816 de la LEC) o el caso del desahucio por falta de pago, donde el impago o no consignación de la renta pueden ocasionar el lanzamiento (artículos 440.3 y 22 de la LEC).
 9. Dispone este artículo que “1. El Secretario judicial declarará en rebeldía al demandado que no comparezca en forma en la fecha o en el plazo señalado en la citación o emplazamiento, excepto en los supuestos previstos en esta ley en que la declaración de rebeldía corresponda al Tribunal. 2. La declaración de rebeldía no será considerada como allanamiento ni como admisión de los hechos de la demanda, salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario.” Nótese que en el 1 se dice que se declara rebelde a quien no comparece, no a quien comparece y no contesta (supuesto no recogido) y en el punto 2 que el hecho de no comparecer no significa allanarse ni, a salvo de lo que la norma disponga, admisión de los hechos de la demanda.
 10. El artículo 405.1 ap. 2º de la LEC dispone que el demandado “también podrá manifestar en la contestación su allanamiento a alguna o algunas de las pretensiones del actor; así como a parte de la única pretensión aducida”.

objetivo material, debe plasmarse en el suplico de la contestación a la demanda¹¹, por tanto, en el caso del allanamiento “el demandado no calla”.

Repasemos el supuesto de rebeldía, cuyo principio general es que no produce efectos materiales, en particular, según el artículo 496.2, *in fine* de la LEC: “La declaración de rebeldía no será considerada como allanamiento ni como admisión de hechos de la demanda, salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario”, sin embargo, hay excepciones¹² en las que el efecto material no se produce por la rebeldía, sino por la falta de actividad o de defensa del demandado comparecido, nos hallamos ante lo que la doctrina denomina la *rebeldía in respondendo*, su manifestación más importante se encuentra efectivamente en el silencio del demandado frente a los hechos de la demanda. Dice el artículo 405.2 de la LEC (relativo al juicio ordinario y sin el correlativo precepto para el verbal) que “en la contestación a la demanda habrán de negarse o admitirse los hechos aducidos por el actor. El tribunal podrá considerar el silencio o las respuestas evasivas del demandado como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales”. Es relevante el “podrá considerar” dado que según el principio general “quien afirma, prueba” el demandante deberá probar los hechos aducidos en la demanda, no

11. Hay que tener en cuenta que según el artículo 21 de la LEC, el allanamiento puede ser total o parcial. Es total, cuando el demandado reconoce todas las pretensiones, declarativas y de condena, del actor y manifiesta su disposición a cumplir voluntariamente con todas las prestaciones. Es parcial, cuando dicho reconocimiento se limita a determinadas pretensiones (así, ante una pretensión mixta, el demandado reconoce la declarativa, pero no la de condena) y no a otras o cuando existiendo una sola pretensión la conformidad se circunscribe a un solo pronunciamiento (así a la principal de condena, pero no a la de pago de intereses y costas). Tan solo el allanamiento total produce la finalización anormal del procedimiento (artículo 21.1 de la LEC).
12. Sin ánimo exhaustivo, en el caso de la no comparecencia, se señalan las siguientes excepciones al principio general: a) en los juicios verbales de protección de derechos reales inscritos (artículo 440.2 de la LEC), en los casos de los números 7º del apartado 1º del artículo 250, *en la citación para la vista se apercibirá al demandado de que, en caso de no comparecer, se dictará sentencia acordando las actuaciones que, para la efectividad del derecho inscrito, hubiere solicitado el actor.* b) En los juicios de desahucio de finca urbana por falta de pago de rentas o cantidades (artículo 440.3 de la LEC), *se apercibirá al demandado que, de no comparecer a la vista, se declarará el desahucio sin más trámites.* c) En el juicio verbal por interdicto de adquirir la posesión, habiéndose instado a los interesados a comparecer y reclamar, *si nadie compareciere, se confirmará al demandante en la posesión* (artículo 441.1.II de la LEC). d) En el juicio verbal basado en incumplimiento de contrato de arrendamiento financiero si el demandado no compareciere o, comparecido, dejare transcurrir el plazo sin anunciar su oposición o pretendiera fundarla en causa no autorizada, *se dictará sin más trámites sentencia estimatoria de las pretensiones del actor* (artículo 441.4 de la LEC). Cuando habiendo anunciado su oposición no asista a la vista sin justa causa o asista, pero sin formular oposición basándose en algún motivo previsto en la Ley, también se dictará *sentencia estimatoria de las pretensiones del actor* (artículo 441.4 de la LEC). e) En el proceso monitorio, si el deudor requerido no compareciere ante el tribunal, *éste dictará auto por el que despachará ejecución por la cantidad adeudada* (artículo 816.1. g de la LEC). f) En el juicio cambiario, cuando el deudor no interpusiere demanda de oposición en el plazo establecido, *se despachará ejecución por las cantidades reclamadas* (artículo 825 de la LEC).

en vano, cada vez es menos frecuente que la negativa o la incomparecencia de la parte citada para el interrogatorio tenga el efecto de ser tenida por confesa (*ficta confessio*) en la sentencia definitiva¹³.

Como se observa, se están aplicando de forma analógica los efectos de la falta de comparecencia en la audiencia previa regida por el principio de oralidad al hecho de comparecer pero no contestar. Sin embargo, la falta de comparecencia o rebeldía puede purgarse, no así la sola falta de contestación, nos encontramos aquí con un primer dilema: El demandado rebelde (en sentido estricto, el que no comparece) siempre tiene la posibilidad de purgar su rebeldía (artículos 500 y siguientes de la LEC), la cuestión es: ¿Habría que negar esa posibilidad a quien comparece en forma pero permanece en silencio? ¿Significa esto que la carga procesal de contestación a la demanda es superior a la de la propia comparecencia? En principio parece que el deber de comparecencia y contestación son tratados por la norma procesal como un todo y se asimilan al caso de la rebeldía pero, ¿es efectivamente así? Recordemos que rebeldía significa, estrictamente, inactividad inicial y total del demandado en el proceso, la personación en plazo y forma del demandado, como respuesta al emplazamiento, seguida de una inactividad más o menos amplia en concretos actos procesales, no puede calificarse de rebeldía, generando únicamente la imposibilidad de su concreta realización por la preclusión de la oportunidad procesal y así, no otorgando el beneficio de “purga de la rebeldía”.

No hay que olvidar tampoco las consecuencias del silencio en el caso del interrogatorio del demandado, en concreto, el artículo 304 de la LEC permite al Tribunal considerar reconocidos los hechos en los que dicha parte hubiera intervenido

13. Se enumeran a continuación supuestos de posible comparecencia pero con silencio del demandado que presuponen una excepción a la regla general: a) Recordemos el supuesto e) de la nota anterior sobre el juicio verbal basado en incumplimiento de contrato de arrendamiento financiero si el demandado, aunque comparecido, dejare transcurrir el plazo sin anunciar su oposición o pretendiera fundarla en causa no autorizada, *se dictará sin más trámites sentencia estimatoria de las pretensiones del actor* (artículo 441.4 de la LEC). Cuando habiendo anunciado su oposición no asista a la vista sin justa causa o asista, pero sin formular oposición basándose en algún motivo previsto en la Ley, también se dictará *sentencia estimatoria de las pretensiones del actor*. b) En los juicios verbales por incumplimiento de obligaciones derivadas de contratos inscritos en el registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, *si el demandado dejare transcurrir el plazo* (cinco días desde el emplazamiento) *sin anunciar su oposición se dictará, sin más trámites, sentencia estimatoria de las pretensiones del actor* (artículo 444.4 de la LEC). c) En la prueba de interrogatorio de parte la incomparecencia al acto de prueba (vista o juicio) o la negativa a contestar pueden considerarse como *admisión de los hechos* objeto de la prueba, con el alcance señalado en los artículos 304 y 307 de la LEC. En la citación a la vista del juicio verbal se previene a la parte de esta consecuencia (artículo 440.1.II de la LEC) y, con carácter general, en las citaciones que para dicha prueba se efectúen en los demás juicios (artículos 304 y 307 de la LEC). d) Con mayor contundencia, en las tercerías de dominio y de mejor derecho si los demandados no contestan a la demanda, se entenderá que *admiten los hechos alegados en ella* (artículos 602 y 618 de la LEC).

personalmente y cuya fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial¹⁴. Sin embargo, el interrogatorio de la parte no es una prueba con valor superior a las demás pruebas propuestas y admitidas en el proceso civil, ya que de la negativa o incomparecencia de la parte no debe extraerse, de forma aislada, otra conclusión que no sea la consideración de dicha prueba, sea cual sea el resultado que arroje, junto con el resultado de las demás pruebas obrantes en autos.

En definitiva, la laguna legal “del demandado que comparece y no contesta” es suplida por la aplicación analógica de las consecuencias de la falta de comparecencia en la audiencia previa o, en su caso, la falta de contestación de la parte en la prueba de interrogatorio de parte ¿es este el producto del *iter* histórico jurídico del silencio del demandado en el proceso civil? Intentemos resolver esa cuestión.

3. La fuente romana: D.50.17.142 (Paulus 56 *ad ed.*)

El texto romano por excelencia que se presenta como antecedente del giro “el que calla, otorga” es el famoso fragmento de Paulo D.50.17.142 (Paulus 56 *ad ed.*). — *Qui tacet, non utique fatetur sed tamen verum est eum non negare*, en el que ya, en línea de principio, se distingue la clara desviación en cuanto al sentido de “otorga” respecto de [...] *non utique fatetur sed tamen est eum non negare*. El pasaje de Paulo forma parte de la conocida rúbrica del libro L del Digesto *De diversis regulis iuris antiqui*, sin embargo, para que el significado de la actitud pasiva del sujeto abstracto referido en el texto — “Qui” — no sea objeto de interpretación incorrecta y para que su alcance quede lo más claro posible, se hace necesario tener en cuenta su contexto original, dado que el pasaje pertenece al libro LVI del Comentario de Paulo al Edicto cuya rúbrica reza *de confessis et indefensis* tal y como se desprende de la Palingenesia de Lenel¹⁵ cuya reconstrucción textual es la siguiente:

- 691. *Confessus pro iudicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur*, es decir, D.42.2.1 (Paulus 56 *ad ed.*), incluido en la rúbrica *De confessis* donde Paulo afirma que al confeso se le tiene por juzgado porque es realmente condenado por su propia declaración — hoy podríamos ver en este texto una alusión clara al allanamiento.
- 692. *Qui tacet, non utique fatetur: sed tamen verum est eum non negare*, esto es, D.50.17.142 (Paulus 56 *ad ed.*), nuestro texto.
- 693. *Quem paenitet bonis cessisse, potest defendendo se consequi, ne bona eius veneant*, es decir, D.42.3.5 (Paulus 56 *ad ed.*), que forma parte de la rúbrica *De cesione bonorum*, en el que Paulo hace referencia a la necesaria defensa para paralizar la venta de los bienes en el caso de la bonorum.

14. En relación con la *facta confessio* en el interrogatorio de parte *vid.* A. PLANCHADELL GARGALLO, “La prueba en el interrogatorio de las partes en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Revista de Derecho Procesal* 2 (2000), pp. 431 y 432.

15. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, vol. I, ex officina Bernhardi Tauchnitz, Lipsiae, 1889, pp. 1073–1074.

Desde esta correcta reubicación realizada en la Palingenesia, cabe afirmar que Paulo pretendió delimitar dos diferentes situaciones¹⁶: la del *confessus*, que resulta juzgado como si se hubiera dictado contra él una sentencia; y la del *tacens* (quien no se defiende) que buscaría con su mutismo evitar cualquier tipo de responsabilidad y que, al no actuar ni contestar, debía ser considerado un efectivo *confessus* — se añade el caso de la necesaria conducta de defensa de quien se arrepiente de haber realizado una *cessio bonorum*. Claramente, no se trata de la enunciación de un principio general, de forma que, aunque se pueda llegar a otorgar determinados efectos uniformes a la conducta pasiva o silenciosa del demandado (el ejemplo más claro se halla en la *in iure cessio*), no es posible atribuir al silencio una valoración unívoca válida para cualquier tipo de negocio o relación.

A la vista de lo expuesto, se contradice la máxima popular (a la que se ha llegado a otorgar cierto valor jurídico) y se afirma que no siempre “el que calla, otorga” sino que, a veces, simplemente “no dice nada”; en efecto, Paulo en D.50.17.142, no quiso decirnos que quien calla consiente en la sentencia, sino que lo que determina el jurista es que, al que calla, esto es, al que no se defiende, se le debería considerar confeso, no obstante, otorgar a esta conclusión un valor global y general corrompe el significado de la inactividad de quien ocupa la posición de reo y la extiende a otros ámbitos, como el contractual, en el que la posición del sujeto que calla no es la de reo o demandado, sino la de acreedor o deudor de una obligación derivada de un acuerdo que genera obligaciones y, por tanto, la solución puede ser diversa.

4. D.50.17.142 según el *Ius commune*

4.1. La reinterpretación de los glosadores¹⁷: la gl. *Qui tacet, ad D.50.17.142*

La síntesis del trabajo y reinterpretación de las fuentes romanas realizada por los glosadores sobre el silencio se concreta en la gl. *Qui tacet, ad D.50.17.142*¹⁸:

-
16. En este sentido J.A. MARTÍNEZ VELA, “Algunas claves sobre el valor jurídico del silencio”, *Revista de Derecho UNED* 10 (2012), p. 407 y, desde un punto de vista más sociológico, el mismo autor en *El valor del silencio en las fuentes literarias antiguas*, Dykinson, Madrid, 2012, *passim*.
 17. La edición de La Glosa que se utiliza es *Digestum vetus seu Pandectarum Iuris Civilis, tomus primus*, Parisiis, apud Gulielmum Merlin in ponte Numulariorum, et Gulielmum Desboys sub Sole aureo, ac Sebastianum Niuellium sub Diconiis, via Iacobea, 1566, p. 1918.
 18. Se hace notar que en la transcripción de la glosa se ha conservado la numeración de la edición del Digesto de T. MOMMSEN – P. KRÜGER, dado que en la edición de La Glosa que se maneja, el texto concreto es D.50.17.184, donde sólo al final del llamamiento a jurista y obra aparece en el margen 142. Como advierte I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho civil romano, tomo III, sexta y séptima parte del Digesto (libros XXXVII a L)*, ed. facsímil de la de Jaime Molinas 1889–1898, Lex Nova, Valladolid, 1988, p. 954, n. 2, “los números desde el 118 (160) hasta el fragmento 199 denotan la alteración sufrida por haber sido mal unidas dos hojas del Códice Florentino, alteración que luego pasó a la Edición de Haloandro (Nuremberg, 1529) y a las vulgares”.

Tacere quidem medium est inter expressam voluntatem, et contradictionem expressam, ut non sit idem ius quod in alterutro extremorum: et pone exemplum in tributoria. nam si contrahit servus domino contradicente, tenetur de peculio tantum: et deducitur quicquid domino debetur: ut. §. de pecu. l. si quis servum. §. etiam. e contra si eo expressim volente, tenetur in solidum quod iussu. ut. ss. quod iussu. l. j. ubi autem scit et tacet: tenetur tribu. ut hic, et. ss. de tribu. l. j. §. scientiam et de exerci. l. j. §. si is. Sed fallit haec regula: quia quandoque tacere est pro expressa contradictione: ut in procu. ut. ss. de procu. l. filius. §. invitus. et in servi. ut. ss. de servi. urba. praedi. l. invitum. Item in furto est: ut. ss. de fur. l. per qua. §. quae ex voluntate. Item in pratrono, ut. ss. de rit. nup. l. in eo iure. §. demum. Item in institutione haeredum: quia expresse debet testator decere nomen heredis. Ut. C. de testa. l. iubemus. Item in interrogationibus in iure: ut. ss. de interro. ac. l. de aetate. §. qui tacuit. Et sic fallit secunda pars huius legis et e contra tacere habetur pro consensu expresso quandoque: et si fallit prima: ut ss. sol. mat. l. ij. §. voluntate. et. ss. de lib. ag. l. j. §. poena. et ss. loca. l. item quaeritur. §. qui impleto. Item ubicumque tacitum pactum a lege inducitur: ut supra de pac. l. qui in futurum. et ad hoc concurrunt duo generalia: patientia habetur pro consensu^a: item e contra. Item facit supra de except. l. non utique.

El texto, con el llamamiento a numerosos casos del Derecho romano donde el silencio tiene diversos significados, ejemplifica claramente la falta de univocidad de quien “no dice nada”, vayamos a su análisis.

Lo primero que nos llama la atención es una anotación al margen que se contiene en la edición de La Glosa que manejamos al vocablo *fatetur* de D.50.17.142 — recordemos el texto completo: D.50.17.142 (Paulus 56 *ad ed.*). — *Qui tacet, non utique fatetur sed tamen verum est eum non negare*; la anotación es como sigue: *Unde Cic. in Catilinam, quid exspectas, inquit loquentium auctoritatem, quorum voluntatem tacitorum perspicis?*, claramente la alusión es a la *Oratio in Catilinam* de Cicerón, en particular se trata del parágrafo 20 de la primera *oratio* — *Prima in Senatu Habita* —, se trata del cierre a la argumentación ciceroniana que responde a la pregunta que Catilina lanza a Cicerón para que la redirija al Senado sobre su destierro; Cicerón, muy hábilmente, responde que no es necesario que los senadores respondan sobre el destierro de Catilina, el silencio de aquellos es suficiente dado que de él se desprende su voluntad que es, en efecto, el destierro porque, en verdad, consienten cuando callan.

La nota marginal ejemplifica la necesidad de tener en cuenta el supuesto narrado por Cicerón para atribuir un determinado sentido a permanecer en silencio, en ese caso, consentir. Hecha esta aclaración respecto de la nota marginal, vayamos al análisis del texto de la glosa. Se explica en primer lugar el significado de *tacere* en el sentido de que guardar silencio puede referirse, desde un punto de vista jurídico, tanto a la manifestación expresa de voluntad cuanto a la manifestación expresa de contradicción, esto es, *tacere*, según la ocasión, significará consentir callando o — disyuntivo — no consentir callando: *Tacere quidem medium est inter expressam voluntatem, et contradictionem expressam, ut non sit idem ius quod in alterutro*

extremorum: et pone exemplum in tributoria [...]. Parece que la intención del jurista es hacer un estudio de la voluntad y así lo anuncia, afirmando que callar se encuentra a medias entre la manifestación expresa de la voluntad en sentido afirmativo o la efectiva afirmación de contradicción, esto es, no tiene el mismo significado en todos los casos. En este contexto, se presenta a la acción tributaria como ejemplo de que guardar silencio pueda ser tenido como consentimiento expreso; en efecto, el texto de la glosa inicia el análisis propuesto con el citado ejemplo de la acción tributaria, acción añadida en cuya virtud si el *filius* interviene con su peculio en el tráfico comercial y realiza un negocio jurídico conociéndolo el *pater familias* (con su *scientia*) y el hijo resulta insolvente, se produce un concurso de acreedores siendo incluido el *pater* en el concurso, el peculio se reparte entonces entre todos los acreedores (incluido el *pater*) de forma que, si el *pater familias* actúa dolosamente para impedir ese concurso, el acreedor o los acreedores perjudicados pueden entablar contra él la *actio tributoria* para reclamar la parte que les correspondiera. Se entiende que la *scientia* del *pater familias* evita la necesidad de manifestación expresa de consentimiento, basta con que, existiendo ese conocimiento de la actividad comercial del hijo, no la prohíba expresamente.

Este ejemplo inicial es seguido por una comparativa con otras acciones adiecticias en las que, el hecho de no decir nada, es tenido como consentimiento respecto de actividades de hijos o esclavos, en particular sigue el caso de que el *pater* o el dueño efectivamente se opongan a la realización del negocio jurídico: [...] *nam si contrahit servus domino contradicente, tenetur de peculio tantum: et deducitur quicquid domino debetur: ut. §. de pecu. l. si quis servum. §. etiam* [...]; es decir, si no hay *iussum* o *praepositio*, el *pater familias* o el dueño responden limitadamente en la medida del peculio a través de la *actio de peculio*; en particular, se afirma que si el esclavo contrata contradiciendo la voluntad del dueño, este último sólo será responsable en la medida del peculio y cita a — *§. de pecu. l. si quis servum. §. etiam* — D.15.1.29.1 (Gaius 9 *ad ed. provinc.*). — *Etiamsi prohibuerit contrahi cum servo dominus, erit in eum de peculio actio*, esto es, la oposición del *dominus* ha de ser efectiva, por tanto, se entiende igualmente que si el *dominus* no dice nada, significa que no se opone a la realización del negocio jurídico, el hecho de callar es como si consintiera. El texto de la glosa sigue explicando el supuesto del valor del silencio en el caso de la realización de negocio jurídico por parte del hijo o esclavo, en concreto, si el *pater* o el dueño consienten en la contratación, es decir, si el *pater familias* autorizó — *iussum* — la contratación con el hijo o con el esclavo, será responsable por la *actio quod iussu*: [...] *e contra si eo expressim volente, tenetur in solidum quod iussu. ut. ss. quod iussu. l. j* [...]; el hecho de que no conste la oposición basta para el ejercicio de la *actio quod iussu*, es decir, es suficiente con que el padre no diga que no para que su silencio se tenga por consentimiento; en este contexto el supuesto concreto — *ss. quod iussu. l. j.* — al que llama la glosa es D.15.4.1pr (Ulpianus 29 *ad ed.*). — *Merito ex iussu domini in solidum adversus eum iudicium*

datur, nam quodammodo cum eo contrahitur qui iubet, donde claramente la acción para la reclamación de responsabilidad al *pater* o dueño será la *actio quod iussu*.

Se recupera a continuación el ejemplo de la acción *tributoria*, es decir, si el hijo interviene con su peculio en el tráfico negocial sabiéndolo el *pater familias* y no manifestando expresamente su oposición tendrán los acreedores en contra del *pater familias* la acción *tributoria* [...] *ubi autem scit et tacet: tenetur tribu. ut hic, et. ss. de tribu. l. j. §. scientiam et de exerci. l. j. §. si is* [...]; la glosa añade el ejemplo de la acción *exercitoria*, que regula el caso de que los acreedores puedan dirigirse contra el *pater familias* o dueño que, además, es armador de una nave y coloca al hijo o esclavo como capitán; los textos concretos a los que llama la glosa son: *ss. de tribu. l. j. §. scientiam et de exerci. l. j. §. si is* — D.14.4.1.3 (Ulpianus 29 *ad ed.*). — *Scientiam hic eam accipimus, quae habet et voluntatem, sed ut ego puto, non voluntatem, sed patientiam: non enim velle debet dominus, sed non nolle. si igitur scit et non protestatur et contra dicit, tenebitur actione tributoria*, donde la simple *patientia* — entendida como tolerancia, como no oposición — es suficiente para que el *pater* o el dueño resulten obligados, y D.14.1.1.19 (Ulpianus 28 *ad ed.*). — *Si is, qui navem exercuerit, in aliena potestate erit eiusque voluntate navem exercuerit, quod cum magistro eius gestum erit, in eum, in cuius potestate is erit qui navem exercuerit, iudicium datur*, donde se determina claramente la consecuencia: el ejercicio de la acción *exercitoria* contra el *pater* o el dueño.

Hasta aquí una primera regla general que comienza a presentar excepciones o variaciones, dado que el análisis de la glosa sigue con la cita-ejemplo de textos en los que el hecho de callar es tenido como expresa contradicción: [...] *Sed fallit haec regula: quia quandoque tacere est pro expressa contradictione: ut in procu. ut. ss. de procu. l. filius. §. invitus* [...]. El texto que los glosadores citan como ejemplo de esta excepción — *fallit haec regula* — a la aparente norma general hasta ahora referida es D.3.3.8.1¹⁹ — *ss. de procu. l. filius. §. invitus* — donde se recoge el caso de que el silencio en cuanto al nombramiento como procurador equivale a la manifestación de no querer serlo; es decir, después de haber descrito el supuesto en D.3.3.8pr²⁰ Ulpiano conforma el principio general: nadie puede ser nombrado *procurator*

19. (Ulpianus 8 *ad ed.*). — *Invitus procurator non solet dari. Invitum accipere debemus non eum tantum qui contradicit, verum eum quoque qui consensisse non probatur.*

20. (Ulpianus 8 *ad ed.*). — *Filius familias et ad agendum dare procuratorem potest, si qua sit actio, qua ipse experiri potest: non solum si castrense peculium habeat, sed et quivis filius familias: ut puta iniuriam passus dabit ad iniuriarum actionem, si forte neque pater praesens sit nec patris procurator velit experiri, et erit iure ab ipso filio familias procurator datus. Hoc amplius iulianus scribit et si filio familias patri per filium eius in eadem potestate manentem fiat iniuria neque avus praesens sit, posse patrem procuratorem dare ad ulciscendam iniuriam, quam nepos absentis passus est. Ad defendendum quoque poterit filius familias procuratorem dare. Sed et filia familias poterit dare procuratorem ad iniuriarum actionem. Nam quod ad dotis exactionem cum patre dat procuratorem, supervacuum esse valerius severus scribit, cum sufficiat patrem dare ex filiae voluntate. Sed puto, si forte pater absens sit vel suspectae vitae, quo casu solet filiae competere de dote actio, posse eam procuratorem dare. Ipse quoque filius procurator dari poterit et ad agendum et ad defendendum.*

contra su voluntad y no puede tenerse como afirmación el silencio de quien es propuesto como procurador, debe de existir una aceptación inequívoca; la glosa lo recoge escrupulosamente: [...] *quandoque tacere est pro expressa contradictione* [...].

Continúan las excepciones al aparente principio general de que el hecho de callar se tiene por consentimiento expreso — [...] *et in servi. ut. ss. de servi. urba. praedi. l. invitum* [...] —, aunque en esta ocasión con el llamamiento a un texto controvertido: D.8.2.5 — *et in servi. ut. ss. de servi. urba. praedi. l. invitum*. Vayamos al texto: D.8.2.5 (*Ulpianus libro septimo decimo ad edictum*). — *Invitum autem in servitutibus accipere debemus non eum qui contra dicit, sed eum qui non consentit. Ideo Pomponius libro quadragensimo et infantem et furiosum invites recte dici ait: non enim ad factum, sed ad ius servitutis haec verba referuntur*; para analizar este pasaje se propone su división en dos partes diferenciadas: desde el principio hasta *non consentit* y desde *ideo Pomponius* hasta el final. En la primera parte del texto, Ulpiano precisa que en el caso de la constitución de las servidumbres por su ejercicio continuado, no manifiesta una voluntad contraria el dueño del presunto fundo sirviente que no contradice — esto es, que no se opone — al ejercicio del derecho por parte del dueño del que será fundo dominante; si el silencio equivale a permitir el ejercicio de la servidumbre y que su constitución sea posible por transcurso de tiempo a través del ejercicio continuado del derecho, aquello que no se consiente es la constitución de una servidumbre, sobre todo si tenemos en cuenta dos circunstancias: La primera es que el texto inmediatamente anterior en el Digesto es D.8.2.4, relativo al contenido de la *servitus altius non tollendi* y al ejercicio de la correspondiente *vindicatio servitutis* para el caso de que, habiéndose constituido *iure*, se impida su ejercicio; la segunda es que la ubicación de D.8.2.5 en la *Palingenesia* de Lenel²¹ es posterior a D.8.5.4pr–5 y anterior a D.8.3.3pr–2, todos dedicados también a supuestos relativos a la constitución de servidumbres. Por tanto, en la primera parte del texto puede concluirse que el silencio del propietario del que va a ser fundo sirviente respecto al ejercicio continuado del derecho del propietario del que va a ser fundo dominante, proporciona la constitución de la servidumbre — esto es, si se guarda silencio, no se contradice la constitución de la servidumbre por ejercicio continuado del derecho o prescripción adquisitiva. Esta conclusión contrasta con los ejemplos que llama la glosa, dado que los glosadores incluyen a D.8.2.5 entre los textos en los que no ha lugar el principio de que “no decir nada se tiene como acto de efectivo consentimiento”; para explicar esta aparente contradicción, debemos continuar con el análisis de la segunda parte del texto — esto es, desde *Ideo Pomponius* hasta el final —, en particular, en este segundo párrafo Ulpiano recoge la opinión de Pomponio quien afirma que, en el caso del demente y del *infans*, el silencio debe tenerse como manifestación de

21. O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis vol. alterum*, ex officina Bernhardi Tauchnitz, Lipsiae, 1889, pp. 517–518, en particular Ulpiano *ad Edictum* n° 595 exactamente, asimismo, manifiesta LENEL en nota I, que este texto también puede pertenecer a la rúbrica precedente — *vid.* D.7.6.5pr–.

contradicción, esto es, si se produce determinada actividad equivalente al ejercicio de una servidumbre sobre su fundo, aunque el *infans* o el enfermo mental guarden silencio, la servidumbre no llegará a adquirirse, dado que se tienen en cuenta las especiales circunstancias psíquicas y de edad a fin de la no constitución de la servidumbre a pesar de la aparente tolerancia, aquí es donde se encuentra efectivamente el ejemplo de silencio negativo de la glosa, en la excepción a la regla para el caso de personas con falta en su capacidad de obrar y, por tanto, de entender y de querer, pues en circunstancias normales, guardar silencio significaría tolerar la constitución de la servidumbre²²; en este pasaje, además, se aprecia el especial interés de la glosa por el análisis del caso del silencio en sujetos con capacidad de obrar incompleta con el que seguirá más adelante.

El texto de la glosa continúa con otro ejemplo de lo que podríamos denominar silencio negativo: [...] *Item in furto est: ut. ss. de fur. l per qua. §. quae ex voluntate* [...], los textos que sirven como ejemplo son los de la tipificación de un supuesto de hurto, en concreto cita a D.47.2.48.2²³ y 3²⁴ — *ss. de fur. l per qua. §. quae ex voluntate* —, en el primero se afirma que quien tiene un esclavo con la voluntad expresa de su dueño en cuanto a dicha tenencia no cumple el tipo que describe el hurto de un esclavo, sin embargo, tal y como dispone D.47.2.48.3, si el dueño de un esclavo no consiente para que alguien lo acoja, ese acto de acogimiento se entendería como hurto, dado que para acoger a un esclavo se ha de contar con la voluntad de su dueño, de forma que, si el dueño callase en cuanto a dicho acogimiento, se entendería que manifestó la negativa, esto es, que lo prohibió, es más, si aun conociendo el dueño el acogimiento del esclavo, el que lo tiene lo oculta, se cumple también el tipo penal del hurto; a continuación viene el efectivo análisis de la voluntad: se afirma que el hecho de no decir nada es como si se ignorara y, por tanto, es equivalente a no consentir el acogimiento del esclavo y tenerlo así por hurto; es esencial en este caso el tratamiento de *qui ignorat*, como efectivo antónimo del significado de *scientia*.

La glosa sigue con la ejemplificación del silencio negativo: [...] *Item in pratrono, ut. ss. de rit. nup. l. in eo iure. §. demum* [...] y, para ello, llama al caso de D.23.2.45.5 — *ss. de rit. nup. l. in eo iure. §. demum* — para hacer referencia al silencio del patrono entendido como no consentimiento respecto del eventual divorcio de su

22. Respecto a la constitución de las servidumbres por transcurso de tiempo y a la posibilidad de oponerse a dicha constitución *vid.* C. LÁZARO GUILLAMÓN, *La adquisición de las servidumbres por transcurso de tiempo: Derecho Romano, Derecho Germánico, tradición romanística y Furs de València*, Universitat Jaume I, Castellón, 2002, *passim*, y EAD., *La acción negatoria. Cómo impedir que un inmueble aproveche indebidamente a otro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 130ss.

23. (Ulpianus 42 *ad sab.*). — *Qui ex voluntate domini servum recepit, quin neque fur neque plagiarius sit, plus quam manifestum est: quis enim voluntatem domini habens fur dici potest?*

24. (Ulpianus 42 *ad sab.*). — *Quod si dominus vetuit et ille suscepit, si quidem non celandi animo, non est fur, si celavit, tunc fur esse incipit. Qui igitur suscepit nec celavit etsi invito domino, fur non est. Vetare autem dominum accipimus etiam eum qui ignorat, hoc est eum qui non consensit.*

liberta: D.23.2.45.5 (Ulpianus 3 *ad l. iul. et pap.*). — *Deinde ait lex «invito patrono»: invitum accipere debemus eum, qui non consentit ad divortium: idcirco nec a furioso divertendo solvit se huius legis necessitate nec si ab ignorante divorterit: rectius enim hic invitus dicitur quam qui dissensit*, es decir, el hecho del silencio se tiene como negativa al divorcio, no es tenido como consentimiento dado que es necesaria la manifestación expresa de voluntad. El supuesto se amplía al demente y al *ignorans* por cuanto su silencio no puede ser tenido como consentimiento. En definitiva, para el caso del divorcio el silencio es tenido como eventual disenso²⁵.

Se siguen recogiendo supuestos análogos: [...] *Item in institutione haeredum: quia expresse debet testator decere nomen heredis. Ut. C. de testa. l. iubemus* [...] donde la cita es C.6.23.29pr²⁶ — *C. de testa. l. iubemus* — texto en el que se dispone que la falta de nombramiento de heredero en testamento, esto es, el silencio respecto a esta institución, provoca la caída del testamento. Precisamente, sin abandonar el contexto hereditario, la glosa continúa con un ejemplo de *interrogatio in iure*: [...] *Item in interrogationibus in iure: ut. ss. de interro. ac. l. de aetate. §. qui tacuit* [...], en este caso la cita es a D.11.1.11.4 — *ss. de interro. ac. l. de aetate. §. qui tacuit* —, texto que trata sobre la consideración de contumaz de quien guarda silencio siendo interrogado en un pleito — (Ulpianus 22 *ad ed.*). — *Qui tacuit quoque apud praetorem, in ea causa est, ut instituta actione in solidum conveniatur, quasi negaverit se heredem esse. Nam qui omnino non respondit, contumax est: contumaciae autem poenam hanc ferre debet, ut in solidum conveniatur, quemadmodum si negasset, quia praetorem contemnere videtur* — esto es, en el caso de una *interrogatio in iure an here sit*, Ulpiano afirma que el que calla ante la demanda del Pretor es tenido como si negara ser heredero, porque desde el momento en que no responde muestra una falta de respeto al Pretor y es, así, contumaz²⁷.

A continuación la glosa recoge nuevamente ejemplos de silencio tenido como consentimiento expreso (de forma similar a los supuestos iniciales de relaciones paterno-filiales y de dueño-esclavo): [...] *Et sic fallit secunda pars huius legis et e contra tacere habetur pro consensu expreso quandoque: et si fallit prima* [...]. Comienza con la cita de D.24.3.2.2²⁸ — *ss. sol. mat. l. ij. §. voluntate* — que hace

25. M.S. GORETTI, *Il problema giuridico del silenzio*, Milano, 1982, p. 112.

26. Imperator Justinianus a. Iuliano pp. — *Iubemus omnimodo testatorem, si vires ad scribendum habeat, nomen heredis vel heredum in sua subscriptione vel in quacumque parte testamenti ponere, ut sit manifestum secundum illius voluntatem hereditatem esse transmissam. [...] Quod si non fuerit observatum et nomen heredis vel heredum non fuerit manu testatoris scriptum vel voce coram testibus nuncupatum, hoc testamentum stare minime patimur vel in totum, si tota heredum nomina fuerint praetermissa, vel in eius heredis institutionem, cuius nomen neque lingua neque manus testatoris significavit* [...] (a 531).

27. Nos recuerda este supuesto de la *interrogatio in iure* a la referida aplicación analógica de los resultados de la prueba del interrogatorio de parte en el actual Derecho procesal civil español.

28. (Ulpianus 35 *ad sab.*). — *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 quadagesimo octavo digestorum*

referencia a un rescripto del emperador Antonino para el caso de que la hija guarde silencio cuando conoce — relevancia de la *scientia* — que su padre ejercita la acción de dote, entendiéndose que ese silencio equivale a la manifestación de su consentimiento en el ejercicio de la acción por parte de su padre, sigue el texto con la opinión del jurista Juliano, quien exime a la hija de necesaria *scientia* en el caso de que sufriera enfermedad mental, cosa que no ocurre si el caso fuera que la hija estuviera ausente, en esta última circunstancia el silencio de la hija se tiene por consentimiento sólo si, mediando caución del padre, la hija se ratifica en la acción intentada a modo de sustituto de la necesaria *scientia*.

Con el significado de silencio equivalente a consentimiento expreso también tenemos el ejemplo de — *ss. de lib. ag. l. j. § poena* — D.25.3.1.4²⁹, que alude al hecho de que el silencio del padre respecto a la ilegitimidad del hijo que ha de nacer proporciona el efectivo reconocimiento del *nasciturus* como hijo como legítimo.

De nuevo, como manifestación del silencio positivo se llama a D.19.2.13.11³⁰ — *ss. loca. l. item quaeritur. §. qui impleto* — donde se considera que sigue el contrato de arrendamiento de predios rústicos si el arrendatario continúa en el arrendamiento después de haber expirado el plazo fijado para el fin del contrato y el arrendador calla. Se trata de la *relocatio tacita*, el vínculo contractual de arrendamiento se terminaba *ipso iure* si el propietario moría o sufría una demencia, sin embargo, en la hipótesis en la que el dueño no se pronunciaba, se verificaba en favor del arrendatario una *relocatio tacita*, aunque la eficacia del silencio en este

scripsit quasi ex voluntate filiae videri experiri patrem, si furiosam filiam habeat: nam ubi non potest per dementia[m] 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.

29. (Ulpianus 34 ad ed.). — *Poena autem mariti ea est, ut, nisi aut custodes praemisit aut contra denunciaverit non esse ex se praegnatem, cogatur maritus partum agnoscere: et, si non agnoverit, extra ordinem coercetur. Debebit igitur respondere non esse ex se praegnatem aut nomine eius responderi: quod si factum fuerit, non alias necesse habebit agnoscere, nisi vere filius fuerit.*
30. (Ulpianus 32 ad ed.). — *Qui impleto tempore conductionis remansit in conductione, non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videntur durare obligata. Sed hoc ita verum est, si non alius pro eo in priore conductione res obligaverat: huius enim novus consensus erit necessarius. Eadem causa erit et si rei publicae praedia locata fuerint. Quod autem diximus taciturnitate utriusque partis colonum reconduxisse videri, ita accipiendum est, ut in ipso anno, quo tacuerunt, videantur eandem locationem renovasse, non etiam in sequentibus annis, etsi lustrum forte ab initio fuerat conductioni praestitutum. Sed et si secundo quoque anno post finitum lustrum nihil fuerit contrarium actum, eandem videri locationem in illo anno permansisse: hoc enim ipso, quo tacuerunt, consensisse videntur. Et hoc deinceps in unoquoque anno observandum est. In urbanis autem praediis alio iure utimur, ut, prout quisque habitaverit, ita et obligetur, nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est. En este contexto hay que añadir lo recogido en D.19.2.14 (Ulpianus 71 ad ed.). — *Qui ad certum tempus conduxit, finito quoque tempore colonus est: intellegitur enim dominus, cum patitur colonum in fundo esse, ex integro locare, et huiusmodi contractus neque verba neque scripturam utique desiderant, sed nudo consensu convalescunt: et ideo si interim dominus furere coeperit vel decesserit, fieri non posse Marcellus ait, ut locatio redintegretur, et est hoc verum.**

caso es limitada al año y sólo para fincas rústicas, puesto que se excluía en el caso de fincas urbanas.

En este punto acaban los ejemplos de silencio positivo [...] *Item ibicumque tacitum pactum an l. inducitur: ut supra de pac. l. qui in futurum* [...] y la cita es a D.2.14.57pr³¹ — *supra de pac. l. qui in futurum* — donde se recoge el supuesto del pacto tácito que acompaña al cobro de intereses anticipados, en tal caso se entiende que se pactó que no se pediría el capital durante el tiempo previsto.

Tras toda esta prolija enumeración de ejemplos, la glosa sigue con el inicio de la conclusión: [...] *et ad hoc concurrunt duo generalia: patientia habetur pro consensu: item e contra. Item facit supra de except. l. non utique*, esto es, resume que confluyen dos *generalia*: el primero: *patientia pro consensu habetur*, y el segundo: *no patientia pro disensu*; ambos encajan con el caso del silencio tenido por consentimiento por un lado y el silencio tenido por contradicción por otro. No es más que una confirmación de lo expresado en el inicio.

En el cierre la glosa ofrece un último ejemplo realmente significativo de marcado carácter procesal, en esta ocasión la cita es a D.44.1.9 — *de except. l. non utique* — texto en el que el jurista Marcelo asevera que no se tiene por confeso al que se se opone a la demanda con la correspondiente excepción — (Marcellus 3 dig.). — *Non utique existimatur confiteri de intentione adversarii is quocum agitur, quia exceptione utitur* — esto es: si no quieres que se te tenga por *confessus*, presenta excepción, sino, el silencio será considerado como una *confessio*. En efecto, según Magni³², la doctrina de los glosadores, aunque construida de forma un tanto desarmonica, proporciona un planteamiento inequívoco: el adagio *qui tacet, consentire videtur* se presenta como un principio general en el ámbito procesal que se concreta en no oponer *exceptio*, guardar silencio en la *interrogatio in iure* o el efecto de asentimiento del silencio en los *praeiudicia*³³ — supuesto de la verificación de la legitimidad de un hijo o de la condición de heredero — y aquellas relaciones que propician el ejercicio de acciones añadidas.

En el resto de circunstancias, los glosadores han captado perfectamente el sentir de los juristas romanos: el significado del silencio depende del caso concreto.

31. (Florus 8 inst.). — *Qui in futurum usuras a debitore acceperat, tacite pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat.*

32. C. MAGNI, *Il silenzio*, cit., p. 82.

33. A decir de A. TORRENT, *Diccionario de Derecho romano*, Madrid, 2005, p. 953, los *praeiudicia* “son acciones de mera declaración y no tienen ámbito general sino que son típicas, ejercitables en los casos expresamente previstos o eventualmente como acciones decretales pretorias. Con estas *formulae* se pedía al Juez que hiciese una averiguación para declarar cierto un hecho o la existencia de un determinado derecho considerado indispensable para promover otra acción o para situar exactamente el contenido de ésta, o bien si proseguir una acción ejercitada para llegar a la *litis contestatio*”.

4.2. El *Ius canonicum*

El principio *qui tacet, consentire videtur* se enuncia por primera vez en el Derecho canónico³⁴; el Papa Bonifacio VIII mandó añadir a los 5 libros de las Decretales un nuevo libro, el Liber Sextus, integrado por sus propios decretos y algunos de Papas anteriores, al final del libro, a semejanza del Digesto, se incluye el título XII con la rúbrica *De regulis iuris* en el que se insertan reglas jurídicas. Entre las reglas del título XII del Liber Sextus se encuentra la 43: *qui tacet, consentire videtur* — desconocida como tal en el Derecho romano³⁵ — donde permanecer en silencio es sinónimo de una efectiva declaración de consentimiento, y la 44: *is, qui tacet, non fatetur, sed nec utique negare videtur* — que sí reproduce D.50.17.142, aunque varía algo la formulación con cierta intención clarificadora — en la que la *taciturnitas*³⁶ tiene un valor neutro y será la norma jurídica o el intérprete quien establezca una significación afirmativa o negativa del silencio. A decir de Magni³⁷, el ámbito originario de la regla *qui tacet consentire videtur* es el de la interpretación de la doctrina romanística medieval de los propios textos romanos, en concreto, se trata de una elaboración de Dino del Mugello³⁸, encargado de añadir al Liber Sextus 88 *regulae iuris*; Dino del Mugello no era un canonista, era un romanista que, particularmente en el caso del silencio, fundó sus conclusiones sobre textos romanos y sobre doctrinas romanísticas.

-
34. G. TOMÁS, “Fuentes jurídicas del principio *qui tacet, consentire videtur*. Realidad jurídica versus difusión social”, *RIDA* 50 (2003), p. 384. Para una revisión de los textos del Decreto de Graciano, Decretales y los primeros escritores de la tradición canónica vid. F. JAVIER DE AYALA, “Silencio y manifestación de voluntad en Derecho canónico”, *Ius Canonicum* I/1 (1961), pp. 34ss.
35. Se cifra el origen de la regla en D.23.1.12 (Ulpianus l.S. *de sponsal.*). — *Sed quae patris voluntati non repugnat, consentire intellegitur*, esto es, se entiende que la hija consiente en los esponsales si no se opone a la voluntad de su padre. Como se observa, la reinterpretación de los canonistas es completamente ajena al significado del texto romano puesto que en D.23.1.12 la interpretación del silencio como consenso está estrechamente vinculada al caso de la novia y de la particular estructura de la familia romana, esta era la única razón por la que, con el fin de la validez de los esponsales, la falta de oposición de la hija los hacía efectivos; la finalidad del texto no es concretar o construir un principio general. Tampoco es desechable la propuesta de que el origen de la regla se encuentre en D.19.2.13.11, texto tratado anteriormente sobre la *relocatio tacita* y que, por similitud en su tenor literal — en D.19.2.13.11: [...] *hoc enim ipso, quo tacuerunt, consensisse videntur* [...] — puede considerarse fuente próxima tal y como afirma H. CORRAL TALCIANI, “*Qui tacet consentire videtur*. La importancia de una antigua regla canónica en el juicio contra Tomás Moro”, *Ius Canonicum* 51 (2011), p. 149.
36. Según G. TOMÁS, *Fuentes jurídicas*, cit., p. 385, la *taciturnitas* es la palabra que mejor expresa la idea de silencio como declaración de voluntad.
37. C. MAGNI, *Il silenzio*, cit., p. 54.
38. Vid. sobre el jurista R. DOMINGO OSLE (ed.), *Juristas universales I: juristas antiguos*, Madrid, 2004, pp. 488–490. Dino Rossoni (Dino del Mugello por su lugar del nacimiento) fue un jurista italiano del siglo XIII a quien Bonifacio VIII encargó una revisión del Liber Sextus y parece que además compiló el título *De regulis iuris*. Entre su obra científica cabe mencionar un *apparatus* al título *De regulis* del Liber Sextus cuya edición de 1556 hemos manejado: DYNII MUXELLANI, *Commentarius in regulas iuris Pontificii*, Lugduni, Apud Antonium Vicentium, 1556.

Siguiendo a Magni³⁹, los textos sobre los que los canonistas fundamentan sus teorías sobre el silencio pertenecen al *Corpus Iuris Civilis* y a las reinterpretaciones de los glosadores y no al *Corpus Iuris Canonici*; de esta forma, Dino del Mugello en su tratado⁴⁰ sobre *regulae iuris pontifici*, no expone una teoría muy diferente a la de la doctrina de los glosadores⁴¹, así, en relación con la regla *qui tacet consentire videtur* propone que sólo será eficaz si se cumplen las siguientes premisas⁴²:

- Que haya *scientia, praesentia y taciturnitas* de quien pudiera contradecir⁴³.
- Que se trate de un acto que proporcione una desventaja de quien, estando presente calla. No se incluye la “desventaja” de un tercero (no se aplica en el caso de la *taciturnitas* del tutor en relación con actos del pupilo).
- Que el que calle pudiera efectiva y libremente impedir con su simple *contradictio* que el acto se realizara, es decir, si se puede impedir, se debe impedir. En lo que afecta al ámbito procesal son relevantes las siguientes palabras: *infallibiter locum habet regula in illis, qui contradicendo poterant impedire quod agebatur*.

El ámbito de aplicación de la segunda regla *is qui tacet non fatetur* [...], Dino del Mugello pretende construir — y lo consigue⁴⁴ — un concepto jurídico del silencio: callar es un *quid medium* entre los dos extremos, consentir o disentir y produce consecuencias diversas según se deriva de los textos romanos recordados

39. C. MAGNI, *Il silenzio*, cit., p. 72.

40. De “trattatello” lo califica C. MAGNI, *Il silenzio*, cit., p. 86; en particular afirma el autor — p. 90 — que se trata de unas reglas de Derecho civil que el legislador del Derecho canónico ha incorporado a su ordenamiento para que sirvieran de guía al intérprete de los cánones y de las decretales.

41. Siguiendo a H. CORRAL TALCIANI, *Qui tacet consentire videtur*, cit., p. 147, Dino del Mugello consiguió formular una regla que, aunque no aparecía en los textos romanos, está fundamentada en ellos porque si existían fuentes romanas — que recopila además la gl. *Qui tacet, ad 50.17.142* — que, en determinadas ocasiones, equiparaban el silencio a un asentimiento, contrariando así lo dispuesto en D.50.17.142 y negándole eficacia.

42. DYNİ MUXELLANI, *Commentarius*, cit., pp. 201–202. Vid. C. MAGNI, *Il silenzio*, cit., p. 86 quien afirma igualmente que la teoría que describe no es original respecto a la doctrina de los glosadores.

43. El adagio *qui tacet, consentire videtur* incorpora un entimema de segundo orden en las proposiciones del silogismo dado que omite la premisa menor: “quien calla, *con scientia, praesentia y taciturnitas*, otorga”.

44. Sirva de ejemplo la doctrina de El Panorminato: PANORMITANUS (NICHOLAUS DE TUDESCHIS, ABBAS SICULUS, ABBAS MODERNUS), *Commentaria in quinque Decretalium libros* vol. IV, Lugduni, ex officina Joannis Dominici Guarnerii, 1542, comentario al capítulo Nonne bene (c. 5, X, II, 23), quien concluyó que no se podía llegar a concluir un principio sobre el silencio susceptible aplicación uniforme y unívoca ni se podía deducir que el silencio tuviera siempre los mismos efectos, se debía decir que *sicut dicimus in hermaphrodito, quod debeat tribui sexui, ion quo magis incalescit, ita dicendum in casu nostro, quod tacere sit referendum ad consensum vel dissensum in quo magis incalescit secundum varias coniecturas*.

por la glosa, esto es, resuelve la ambigüedad considerando al silencio como una figura intermedia.

En definitiva, la base jurídica y doctrinal sobre la que Dino del Mugello construyó su argumentación fue la proporcionada por el Derecho romano y por la labor de glosadores; como afirma Corral Talciani⁴⁵, “que el terreno para la consagración de la regla estaba suficientemente abonado lo demuestra su favorable acogida y la total ausencia de críticas a la operación inductiva de Dino”.

5. A modo de conclusión

Tanto en las fuentes romanas como en la interpretación de la glosa es clara la constante intención de delimitar el silencio del demandado en el estricto ámbito procesal de otros supuestos en los que se le atribuye diverso valor; igualmente, las consecuencias del silencio en el ámbito procesal son notorias: no oponerse se vincula a no presentar la correspondiente excepción y, comúnmente, al demandado que no se opone, que calla, se le tiene por confeso.

Nuestro Derecho procesal civil actual recibe la indeterminación del sentido de “callar” y la diversificación de supuestos bajo la influencia de un adagio que se ha introducido en la gestión jurídica habitual que es “quien calla, otorga”, ya que no ha sido capaz de cubrir la laguna legal y dar una respuesta inequívoca para el caso de que el demandado que comparezca no presente contestación, la solución es la aplicación analógica de situaciones de efectiva incomparecencia en determinadas fases del proceso — rebeldía — o de las consecuencias de una falta de respuesta durante la prueba del interrogatorio de parte. Quizá una revisión de las fuentes romanas y del *Ius commune*, ayudara al legislador procesal a dotar de autonomía y consecuencia independiente a esta posibilidad que, no por no ser habitual, no provoca necesidad de aplicación analógica que, en cualquier caso, ha de motivada y justificada por el juzgador.

45. H. CORRAL TALCIANI, *Qui tacet consentire videtur*, cit., p. 149.

La Revue n'est pas responsable des manuscrits qui lui sont envoyés.
Les articles publiés n'engagent pas les opinions de la Rédaction.

© Presses Universitaires de Liège, septembre 2017

Éditeur responsable : Jean-François Gerkens

D/2017/12.839/23

ISSN : 0556-7939

ISBN : 978-2-87562-140-5

RIDA

63²⁰¹⁶

La *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, dont c'est ici la 3^e série, est née de la fusion des *Archives d'histoire du droit oriental* avec la 2^e série de la *Revue Internationale des Droits l'Antiquité*, fondées par Jacques Pirenne et Fernand De Visscher. Elle rassemble des contributions sur les différents droits de l'Antiquité (Rome, Grèce, Égypte, Babylone, Chine...) ainsi que sur leur réception. Ces contributions sont publiées en cinq langues : Français, Allemand, Italien, Anglais et Espagnol. Elle publie également différentes chroniques et, en particulier, la chronique des sessions internationales de la Société Fernand De Visscher pour l'histoire des droits de l'antiquité (SIHDA). Les articles proposés à la revue pour publication sont systématiquement soumis à *peer reviewing*.

Sommaire

Droit des papyrus

L. THÜNGEN, *Neuedition von PL II/38 aus einem griechischen Index zu Papinians libri definitionum*

Droit chinois

G. MACCORMACK, *Physical Injury and Insult in Early Chinese Law with Comparative Annotations from Other Early Laws*

Droit romain

C. AMUNATEGUI, *Market and Ownership in Iron Age Latium*; M.V. BRAMANTE, *A proposito di D.12.1.3 (Pomp. 27 ad Sab.): per una interpretazione del concetto di bonitas*; R. HASSAN, *Bees, Slaves, Emperors, Tyrants: Metaphors of Constitutional Change in Rome Between the Republic and the Principate*; A.R. JUREWICZ, *Bürgerschaft eines Sklaven für seine Herrin? Bemerkungen zur fidepromissio servi in TP. 59 (=TPSulp. 58=TPN 48)*; C. LÁZARO GUILLAMON, *El silencio del demandado en el proceso civil: aproximación histórico-crítica al aforismo "quien calla, otorga"*; L. RADULOVA, *Iura sepulcrorum nella Moesia Inferior: la realizzazione di un fenomeno romano in un ambito greco-trace*; C. SARDINHA, *Rechtsvergleichendes zur Sicherungsübereignung in der antiken Vertragspraxis*; J. SPRUIT, *Aulus Gellius als Richter. Eine Betrachtung zu Gellius, Noctes Atticae XIV, 2*

Droit byzantin

M. PETRAK, *Nobile hoc Romani Imperii monumentum: Laudes imperiales in Byzantine Dalmatia*; *Droit romain aux temps modernes*; O. SACCHI, *La regula iuris e i casi perplexi di Leibniz: algoritmo di buona decisione o presidio di verità nel diritto?*; I. SOGUT, *Precautions against interventions creating environmental effects in Roman Law and its reflection of Turkish Law*

Chroniques

Procès-verbal du X^e prix Boulvert
J.-Fr. GERKENS, *La SIHDA à Paris*
Ouvrages reçus à la rédaction

PRESSES UNIVERSITAIRES DE LIÈGE

ISBN : 978-2-87562-140-5



9 782875 621405