

FERNANDO ALARCÓN ROJAS

Silencio y contrato

Del iusnaturalismo al
derecho contemporáneo

Universidad
Externado
de Colombia

Silencio y contrato
Del iusnaturalismo al derecho contemporáneo

Fernando Alarcón Rojas

Silencio y contrato

**Del iusnaturalismo al
derecho contemporáneo**

Universidad Externado de Colombia

Alarcón Rojas, Fernando

Silencio y contrato : del iusnaturalismo al derecho contemporáneo /
Fernando Alarcón Rojas -- Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
2020. -- Edición
184 páginas; 21 cm.

Incluye referencias bibliográficas (páginas 171-184)

ISBN: 9789587903850

1. Derecho civil 2. Iusnaturalismo 3. Contratos 4. Obligaciones (Derecho)
I. Autores secundarios II. Institución III. Título IV. Título

346.6 SCDD 15

Catalogación en la fuente - Universidad Externado de Colombia. MLVT
junio de 2020

ISBN 978-958-790-385-0

© 2020, FERNANDO ALARCÓN ROJAS
© 2020, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá
Teléfono (57-1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: junio de 2020

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Corrección de estilo: Néstor Clavijo
Composición: Álvaro Rodríguez
Impresión y encuadernación: DGP Editores S.A.S.
Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad del autor.

Diseño epub:

Hipertexto - Netizen Digital Solutions

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

LA INFLUENCIA DEL IUSNATURALISMO EN LA ESTRUCTURACIÓN DEL SILENCIO EN MATERIA CONTRACTUAL

- I. El iusnaturalismo cristiano
 - A. Los elementos que contribuyeron a su formación
 - 1. El componente judaico
 - 2. El componente greco-latino
 - 3. El componente de la patrística
 - 4. El componente monacal
 - 5. El componente escolástico cristiano
 - 6. El componente de la segunda escolástica
- II. El iusnaturalismo racionalista
 - A. El precursor del iusnaturalismo racionalista laico
 - B. El derecho natural, las promesas y el silencio según Grocio
 - C. La opinión de Samuel Pufendorf
 - D. La reiteración de la noción del silencio circunstanciado

CAPÍTULO SEGUNDO

EL SILENCIO Y LA FORMACIÓN DEL CONTRATO EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO

- I. Autonomía dispositiva y negocio jurídico
 - A. La autonomía dispositiva como garantía constitucional
 - B. Límites a la autonomía dispositiva
 - C. Las cargas de la autonomía dispositiva
 - D. El negocio jurídico como instrumento dispositivo
 - E. Negocio jurídico y contrato
- II. La estructura del contrato
 - A. El acuerdo entre dos o más partes disponentes
 - 1. Convención y pacto en el derecho romano
 - 2. Los pactos en el derecho medieval
 - 3. Los pactos en el iusnaturalismo racionalista
 - 4. El paso a la modernidad

- B. El contenido económico de los intereses regulados y dispuestos
- C. La finalidad del acuerdo contractual

III.El acuerdo dispositivo

- A. La oferta o propuesta
- B. La manifestación del designio contractual
- C. La forma normal de manifestar el designio contractual
- D. Manifestación del designio contractual mediante el silencio
- E. Casos generales en los que guardar silencio implica una declaración contractual

CONCLUSIONES

FUENTES

BIBLIOGRAFÍA

NOTAS AL PIE

INTRODUCCIÓN

Hola, oscuridad, mi vieja amiga, he venido a hablar contigo otra vez, porque una visión arrastrándose suavemente ha dejado sus semillas mientras yo dormía. Y la visión que fue plantada en mi cerebro todavía permanece en los sonidos del silencio.

P. Simon, *The sound of silence*

En nuestra obra sobre la incidencia del silencio en los contratos¹ creemos haber demostrado en esencia cuatro cosas: la primera, que la regla contenida en D. 50. 17. 142 y según la cual “el que calla ciertamente que no confiesa; pero, sin embargo, es verdad que no niega”², al contrario de lo que mayoritariamente se sostiene, no significaba que el comportamiento silente fuera neutro y por tanto jurídicamente irrelevante, sino que implicaba aceptación porque se refería a la conducta de indefensión que en una *actio certae creditae pecuniae* asumía el convocado al proceso en la fase *in iure* del procedimiento formulario romano. Por esta razón, a quien guardaba silencio en esa etapa procesal se le tenía por *indefensus*, y por consiguiente le sobrevenían las consecuencias propias de esta condición, que no eran otras que, en primer lugar, ser considerado confeso, que en segundo lugar se abriera paso a la *missio in bona*, esto es, a la toma de posesión de todos sus bienes como deudor convocado y renuente y que, por último, acaeciera la posterior y eventual *bonorum venditio*,

es decir, la venta de todos ellos por intermedio de uno de los acreedores.

La segunda, que la regla XLIII de las *Decretales* y según la cual “el que calla, parece consentir”³ no es una regla de genuina creación canónica porque lo que en verdad quiso expresar con ella Dino Mugellano, quien fue su redactor, fue que en el derecho romano había casos excepcionales en los que el callar implicaba consentir, puesto que la verdadera regla canónica sobre el consentir mediante el callar, expresada en las *Decretales* con el apotegma “el que de dos cosas niega una, se presume que afirma la otra”⁴, nunca la tuvo en cuenta Dino para redactar las reglas jurídicas.

La tercera, que las fuentes romanas que en verdad sirven de fundamento a la regla que señala que por lo general en materia negocial guardar silencio no implica expresar el querer dispositivo, son D. 50. 17. 195: “Las cosas expresas perjudican, las no expresas no dañan”⁵; D. 2. 14. 1. 3: “[...] Mas de tal modo es genérica la palabra *convención*, que, como discretamente dice Pedio, no hay ningún contrato, ninguna obligación, que en sí no contenga convención, ya se haga de obra, ya de palabra; porque aun la estipulación, que se hace de palabra, es nula, si no tuviera el consentimiento”⁶; y D. 3. 3. 8. 1: “No es costumbre que sea uno nombrado procurador contra su voluntad; debemos entender que lo es contra su voluntad, no tan solo el que se opone, sino también aquel que no se prueba que haya consentido”⁷.

Y la cuarta, que en la actualidad en materia negocial el silencio, considerado de manera aislada, no es idóneo para expresar un querer dispositivo, pero si con él concurren circunstancias como las relaciones precedentes de las

partes, o un acuerdo previo de los disponentes en ese sentido, o la imposición de la ley, la conducta silente sí puede connotar una declaración negocial, situaciones todas estas que en últimas se resumen en que el comportamiento silencioso puede implicar una manifestación negocial si “quien ha podido y debido hablar no lo hace”, puesto que en tales circunstancias “existe un deber de hablar: en el primer caso porque así lo impone la buena fe, en el segundo porque lo impone el acuerdo de las partes, y en el tercero porque lo impone la ley”⁸.

Demostrado todo lo anterior, como creemos que lo está, debemos proceder a establecer la influencia que el iusnaturalismo cristiano y el racionalista tuvieron en la estructuración del silencio en materia negocial, para luego terminar con un análisis del asunto a la luz del derecho contemporáneo.

CAPÍTULO PRIMERO
LA INFLUENCIA DEL IUSNATURALISMO EN LA ESTRUCTURACIÓN
DEL SILENCIO EN MATERIA CONTRACTUAL

I. EL IUSNATURALISMO CRISTIANO

Para nadie es un secreto que la ideología cristiana permeó la vida medieval hasta el punto de moldear las instituciones jurídicas⁹ a su conveniencia, todo con el claro propósito de consolidarse como un credo con poder político y económico que, por fuerza, tendría que verse engrandecido si se hacía efectiva su otra gran pretensión, es decir, la de convertirse en una religión ecuménica.

De manera pues que no resulta extraño ni impertinente indagar sobre el pensamiento de esa comunidad en torno al silencio, razones por las cuales empezaremos por remontarnos a los antecedentes, adaptación y evolución de su iusnaturalismo, habida cuenta del influjo que esta particular visión tuvo sobre el entendimiento de la conducta silente.

A. Los elementos que contribuyeron a su formación

Sin temor a equivocarnos, podríamos afirmar que la ideología cristiana, en su mayor parte, es el resultado de una mezcla de creencias, razonamientos filosóficos, elaboraciones teóricas y adaptaciones, todo ello casi

siempre originalmente ajeno y muchas veces contradictorio, si se compara el insumo utilizado con el resultado de esa adaptación, razón por la que su virtud radicaría, en verdad, en la habilidad para acomodarlas.

Queremos, pues, en primer término, hacer una mención de esos elementos que contribuyeron a la formación del pensamiento cristiano en torno al silencio, pensamiento que luego repercutiría en las instituciones jurídicas.

1. El componente judaico

La religión cristiana tiene un claro ancestro judaico que hoy persiste en sus instituciones y que en su momento contribuyó a construir y a delinear su pensamiento filosófico y a idear buena parte de sus dogmas.

Uno de esos elementos ancestrales es la convicción de que existe una ley que fue dada por la Divinidad, ley que obliga y debe ser acatada sin reserva alguna, pues su obligatoriedad deriva precisamente del hecho de ser ella la voluntad divina.

Esta manera de concebir la cuestión se traduce en la práctica en la creencia de que rigen unos mandatos de comportamiento que han sido dados o revelados, sin que esto implique que toda la voluntad divina haya sido dada a conocer o que el hombre pueda llegar a conocerla plenamente.

Ese querer divino ha sido entregado unas veces de forma directa, como dicen que lo fue la ley mosaica, y otras mediante la revelación que Dios ha hecho a intermediarios que supuestamente poseen el don de ser receptores de la iluminación y la inspiración divinas, pero independientemente de la manera en que haya sido dada a

conocer la voluntad del supuesto ser supremo, el acatamiento de su designio es incontestable.

Otro elemento ancestral de igual o quizá mayor calado dogmático para el cristianismo es el que deduce convenientemente de varios pasajes veterotestamentarios¹⁰ la hipotética revelación divina del advenimiento de un mesías, es decir, de un salvador o redentor del género humano, que tendría como característica esencial la de ser el Dios mismo que se encarnaría, sin que fuera necesario explicaciones racionales sobre el fenómeno de la asunción de humana naturaleza de parte de la deidad.

Esa encarnación, así como la misión de redención y salvación, los cristianos la ven en Jesús de Nazaret, el predicador judío que dio origen a su credo a partir de sus enseñanzas, doctrinas y estilo de vida, predicaciones y doctrinas que por provenir supuestamente de una divinidad ahora humanada no podían ser menos que verdad y ley.

Así que, en conclusión, este componente aporta la idea según la cual existe una deidad espiritual que da a conocer al ser humano su voluntad, designio que debe ser obedecido sin discusión alguna y que, por supuesto, sus quereres son enteramente diferentes de los mandatos de quienes ejercen el poder terrenal, por la elemental pero suficiente razón del origen de aquellos.

Pero, además, ese Dios así imaginado, originariamente inmaterial o espiritual, tiene según los cristianos la virtud de encarnarse en hombre, y por consiguiente los dictados de esta deidad humanada también son una ley que tiene la misma naturaleza que la de aquella que es expresada como voluntad divina al actuar como solo espíritu.

2. El componente greco-latino

Heráclito¹¹, filósofo presocrático, expresaba que “el Dios [es] día-noche, invierno-verano, guerra-paz, hartura-hambre, todos los opuestos; esta inteligencia toma formas mudables, así como [¿el fuego?], cuando se mezcla con aromas, se denomina según el gusto de cada uno [de ellos]”¹², manifestación esta que se ha interpretado como una visión unitaria del mundo, es decir, como la unidad o conjunto de todos los fenómenos opuestos, unidad que entonces “Heráclito llama Dios”¹³.

También decía Heráclito que “común a todos es la inteligencia”¹⁴; que “por eso conviene seguir lo que es general a todos, es decir, lo común; pues lo que es general a todos es lo común. Pero aún siendo el logos general a todos, los más viven como si tuvieran una inteligencia propia particular”¹⁵; y que “los que hablan con inteligencia es menester que se fortalezcan con lo que es común a todos, así como una ciudad con la ley, y mucho más fuertemente. Pues todas las leyes humanas son alimentadas por la única ley divina: esta, en efecto, impera tanto cuanto quiere, y hasta a todas las cosas y las trasciende”¹⁶. Todos estos fragmentos, una vez conjugados, significan simplemente que, según el filósofo efesio, el mundo es una unidad de los opuestos, que bien puede ser llamada Dios o la divinidad, la cual se rige por una ley que le es propia (ley divina), pero que determina las leyes humanas y que por tanto todos deben actuar de conformidad con ella, pues no otra cosa dicta la inteligencia de la que está dotado el ser humano.

Estas ideas de Heráclito serían luego acogidas en el siglo III a. C. por los estoicos, cuyo fundador fue Zenon de Citio¹⁷, junto con algunos postulados de la Escuela de los Cínicos, que fue fundada por Antístenes¹⁸, lo cual dio como

resultado una particular manera de entender el universo y de concebir el actuar del ser humano.

Y es que esa escuela, llamada estoica por enseñar en un pórtico, aseguraba que el universo era movido por una ley que lo gobernaba, que no era otra que la ley de la naturaleza, y por consiguiente, “el sumo bien consiste en vivir en conformidad con la naturaleza”¹⁹⁻²⁰, y esto es simplemente actuar conforme lo indica la “recta razón”²¹. Estos pensamientos estoicos fueron retomados en buena parte por Cicerón ²²⁻²³, al afirmar que la recta razón, acorde con la naturaleza, es la verdadera ley, la cual rige en todos los lugares y es inmutable y eterna:

La verdadera ley es la recta razón, conforme a la naturaleza, común a todos, inmutable, eterna, que nos llama a nuestra obligación con preceptos y que nos aparta del engaño con prohibiciones, y que, sin embargo, no ordena ni prohíbe en vano a los buenos, ni mueve con sus órdenes y prohibiciones a los malos.

No está permitido proponer otra ley para cambiar esta, ni es lícito derogar nada de ella, ni puede ser totalmente derogada; ni el Senado ni el pueblo pueden eximirnos de su cumplimiento; ni hay que buscar para ella un exégeta o intérprete como Sexto Elio; ni es una ley en Roma y otra en Atenas, una ahora y otra después, sino una sola ley, eterna e inmutable, que abarcará a todos los pueblos y en todo momento; y habrá, por así decir, un solo maestro y un general común a todos, Dios: él es el autor, el intérprete y el ponente de esta ley; y quien no la observe, se enajenará a sí mismo y, por renegar de la naturaleza humana, pagará por ello mismo las penas más graves, aunque escape de todas las demás cosas que son consideradas como suplicio²⁴.

Y en otra de sus obras señala que la justicia tiene su fuente en la naturaleza, y por consiguiente, el derecho natural no consiste en una opinión o en un juicio, sino que está grabado en el corazón de los hombres:

La justicia es una disposición del alma, que, sin lesionar el interés general, da a cada uno lo que le es debido. Tiene su fuente en la naturaleza; después la utilidad hizo de algunas cosas tantas costumbres; por último, el temor de

las leyes y la religión han sancionado la obra de la naturaleza, confirmada por la costumbre. El derecho natural no está fundado, en lo absoluto, sobre la opinión; lo encontramos grabado en nuestros corazones como la religión, la piedad, el agradecimiento, la venganza, el respeto y la verdad²⁵.

Pues bien, de acuerdo con esta visión así desarrollada, existe una ley que es eterna e inmutable, que rige en todos los pueblos y en todo momento, y esa ley, que no es otra que la recta razón, conforme a la naturaleza, configura un derecho natural que está impreso en cada uno de los seres humanos.

3. El componente de la patrística

El cristianismo, como credo organizado y con fundamentación teórica, empieza a construirse a partir de las elaboraciones teológicas, morales y filosóficas que emprendieron los denominados padres de la Iglesia, es decir, una serie de pensadores y escritores religiosos que desde el siglo I se dieron a la tarea de elaborar los fundamentos doctrinarios del nuevo culto, destacándose entre ellos los llamados padres apologistas, denominados así porque sus escritos se caracterizaban por la defensa de la nueva religión, sirviéndose para ello, en todo caso, de los textos conocidos por aquel entonces de lo que hoy llamamos Antiguo y Nuevo Testamento.

Así, con el fin de darle apariencia de creencia inmemorial al cristianismo y de descartar las objeciones de ser un nuevo culto, empezaron a hacer suyos, en lo conveniente, los libros del viejo Testamento, encontrando como feliz manera para enlazar estos textos con las doctrinas de su predicador y maestro, la de sostener que el advenimiento de su deidad, Jesús de Nazaret, estaba anunciada en esos textos desde el comienzo de los tiempos

y que la divinidad que allá se mencionaba era la misma que ahora se había encarnado en el Nazareno. Esto escribió Tertuliano²⁶ sobre la anunciación del advenimiento de Jesús de Nazaret:

La profecía que se cumplió por su advenimiento, es decir, por su nacimiento, que mencionamos atrás, y por su pasión que claramente expusimos, es la razón por la que Daniel decía que “la visión y la profecía fueron selladas”, porque Cristo es el sello de todos los profetas, cumpliendo todo lo que anunciaron sobre él; después de su advenimiento y su pasión, no hay más visión ni profecía²⁷.

Pero además se trajeron para aquel mismo propósito las ideas de pensadores griegos y latinos que resultaban convenientemente adaptables a la particular visión que se quería forjar en la que en ese momento era una emergente secta.

Y es que la idea de la existencia de una ley eterna e inmutable, que para los estoicos era la recta razón conforme a la naturaleza, es traspuesta ahora al credo cristiano para pregonar en él que en efecto existe una ley con esas características, pero ella no es otra que la voluntad divina, expresada de manera directa por la divinidad o por conducto de aquel excepcional ser humano que tenía la aptitud para recibir la revelación divina. Leamos lo que expresaba Lactancio²⁸, citando precisamente a Cicerón:

Hay, pues, que aceptar la ley de Dios, que nos lleva a este camino: esa ley santa y celestial que Marco Tulio nos pintó casi con voz divina en el libro tercero de *Sobre el Estado*, del que yo, por no decir más, he subrayado estas palabras:

“La verdadera ley es la recta razón, conforme a la naturaleza, común a todos, inmutable, eterna, que nos llama a nuestra obligación con preceptos y que nos aparta del engaño con prohibiciones, y que, sin embargo, no ordena ni prohíbe en vano a los buenos, ni mueve con sus órdenes y prohibiciones a los malos.

“No está permitido proponer otra ley para cambiar esta, ni es lícito derogar nada de ella, ni puede ser totalmente derogada; ni el senado ni el pueblo pueden eximirnos de su cumplimiento; ni hay que buscar para ella un exegeta o intérprete como Sexto Elio; ni es una ley en Roma y otra en Atenas, una ahora y otra después, sino una sola ley, eterna e inmutable, que abarcará a todos los pueblos y en todo momento; y habrá, por así decir, un solo maestro y un general común a todos, Dios: él es el autor, el intérprete y el ponente de esta ley; y quien no la observe, se enajenará a sí mismo y, por renegar de la naturaleza humana, pagará por ello mismo las penas más graves, aunque escape de todas las demás cosas que son consideradas como suplicio”.

¿Quién, aún conociendo el misterio de Dios, podría describir la ley divina tan puntualmente como lo hizo ese hombre, que estaba lejos de conocer la verdad?²⁹⁻³⁰.

Y estas ideas estoico-ciceronianas fueron retomadas por Agustín de Hipona³¹⁻³², al afirmar que la ley natural estaba impresa en el alma racional del hombre:

Por esta inefable y sublime administración de las cosas, que se hace por medio de la Divina Providencia, la ley natural está como transcrita en el alma racional, de modo que los hombres en su misma convivencia y costumbres terrenas aprendan los ejemplos de semejante ordenación³³.

Empero, con posterioridad Agustín de Hipona las adaptó aún más al cristianismo sosteniendo que “la ley eterna es la razón o voluntad divina que manda conservar el orden natural y prohíbe alterarlo. Es preciso investigar, pues, cuál es el orden natural en el hombre”³⁴.

Y por supuesto que a toda esta manera de discurrir debía encontrársele un preciso fundamento bíblico para poder pregonar su verdad como revelación, lo cual no resultó difícil, pues la Biblia puede ser interpretada al antojo de quien quiera sostener un determinado punto de vista con apoyo en ella, y ese pasaje también puede ser entendido en el sentido de que existe una ley que rige a todas las personas, sin que ella hubiese sido dada o expedida, y que esa ley, como ya se dijo, no es otra que la voluntad divina,