

## El Derecho y el silencio\*

EFRÉN RIVERA RAMOS\*\*

### RESUMEN

El ensayo explora las diferentes dimensiones de la relación entre el derecho y el fenómeno del silencio. Propone cuatro líneas de investigación: (1) el silencio como objeto de regulación jurídica; (2) el silencio como referente hermenéutico; (3) los efectos sociales de los silencios del derecho y (4) el silencio como elemento constitutivo del derecho. El tema del silencio como objeto de regulación jurídica se divide, a su vez, en cuatro categorías: (a) el silencio obligado (o compelido); (b) el derecho al silencio (o el silencio protegido); (c) la protección jurídica contra el silencio y (d) la atribución de ciertas consecuencias jurídicas al silencio. La segunda línea de investigación indaga sobre el lugar que ocupa el silencio en el proceso de interpretación. Más concretamente: ¿qué significa jurídicamente no decir?, ¿qué repercusiones normativas tiene o debe tener el silencio del derecho a juicio del intérprete? En tercer lugar, se examinan algunos de los efectos sociales de los silencios del derecho: tales como la generación de invisibilidades, ausencias, marginaciones, exclusiones y relaciones de subordinación y dominación. En cuarto lugar se plantea que el silencio es un elemento inherente al derecho, pues este muchas veces opera silenciosamente para producir y reproducir el mundo en

\* Discurso pronunciado por el autor en el acto de su instalación como Académico de Número de la Academia Puertorriqueña de Jurisprudencia y Legislación celebrado el 16 de febrero de 2017 en el Aula Magna de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico.

\*\* Catedrático, Escuela de Derecho, Universidad de Puerto Rico; Académico de Número, Academia Puertorriqueña de Jurisprudencia y Legislación. Correo electrónico: efreriveraramos@gmail.com. El autor agradece a Ravenna Michalsen, chelista y estudiante graduada de la Universidad de Yale, y a Alexandra Sabater, estudiante de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico, por su valiosa ayuda en la investigación realizada para este trabajo.

que vivimos. El ensayo concluye exhortando a que se convierta el silencio en categoría de análisis jurídico, de modo que se incorpore su examen a la docencia, las investigaciones, las publicaciones y la práctica jurídicas.

### PALABRAS CLAVE

Derecho - Silencio - Teoría jurídica - Interpretación jurídica - Práctica jurídica.

## Law and Silence

### ABSTRACT

This essay explores the different dimensions of the relationship between law and silence. It proposes four lines of research: (1) silence as an object of regulation; (2) silence as a hermeneutical reference; (3) the social effects of the silences of law, and (4) silence as constitutive of law. The topic of silence as an object of regulation is divided, in turn, into four categories: (a) compelled silence; (b) the right to silence; (c) legal protection against silence; and (d) the attribution of legal consequences to silence. The second line of research looks into the role of silence in legal interpretation. More concretely: What is the legal meaning of not saying? What normative consequences can or must interpreters draw from the law's silence? Thirdly, the essay examines some of the social effects of silences in the law, such as the generation of invisibility, absences, marginalization, exclusion and relations of subordination and domination. Fourthly, the author proposes that silence is a constitutive element of law, to the extent that law operates quietly to produce and reproduce the world in which we live. The essay concludes with an exhortation to convert silence into a category of legal analysis, so that it is routinely incorporated into our teaching, research, publications and legal practice.

### KEYWORDS

Law - Silence - Legal Theory - Legal Interpretation - Legal Practice.

## EL DERECHO Y EL SILENCIO

Agradezco al cuerpo de académicas y académicos numerarios y a su señor Presidente el haberme honrado con su invitación a incorporarme a esta distinguida institución. La acepto con humildad y con un gran sentido de responsabilidad. Doy gracias también a todas y todos ustedes por su presencia aquí esta noche, gesto de acompañamiento que aprecio profundamente.

El tema de mi discurso es el derecho y el silencio.

Mi proposición central es sencilla. El silencio es un fenómeno mucho más presente en el mundo jurídico que lo que apreciamos usualmente. Sin embargo, tanto la teoría del derecho como la doctrina han guardado un relativo silencio sobre el silencio en el derecho. Salvo notables excepciones, generalmente dirigidas al examen de aspectos puntuales, se ha procurado muy poco sistematizar la reflexión en torno a lo que el silencio entraña tanto para el carácter mismo del derecho como para la práctica jurídica. Este trabajo, todavía en progreso, pretende contribuir en alguna medida a atender esa situación. Sé que estoy tomando un riesgo, pues quizás el silencio sea uno de esos fenómenos inefables, inaprehensibles, sobre los que Wittgenstein advertía que sería mejor no decir nada.<sup>1</sup> Pero el tema me cautivó y decidí abordarlo.

Lo que presentaré esta noche es un esbozo de lo que espero se convierta en un texto más extenso. Acepto, pues, de antemano, el señalamiento de que al final habrán quedado muchos aspectos sin abordar.

¿Qué queremos decir por silencio? Las definiciones de los diccionarios principales de las lenguas española e inglesa hacen alusión a por lo menos dos acepciones del término. Por un lado, la falta de ruido o de sonido. Por otro, la ausencia de palabras, orales o escritas. Centraré mi análisis en la segunda acepción, aunque también habría cosas interesantes que decir sobre la primera. Nótese, sin embargo, que la falta de palabras no es sinónimo de ausencia de comunicación. Luis Rafael Sánchez, por ejemplo, se ha referido a la “elocuencia implacable del silencio”.<sup>2</sup> Como ha dicho George Steiner, el reconocido filósofo del lenguaje y crítico literario de la Universidad de Cambridge, “hay todo tipo de comunicaciones fuera

<sup>1</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tractatus Logico-Philosophicus* 74 (1974).

<sup>2</sup> SÁNCHEZ, Luis Rafael, “Archivo negro”, en *El Nuevo Día*, 10-12-2016, p. 57.

y más allá de la palabra”.<sup>3</sup> Que lo digan los amantes, que no necesitan palabras para decirse cosas, comunicación que muchas veces consiste en silencios largos, profundos, inolvidables y deliciosos. Los silencios son parte de la intersubjetividad, de la acción comunicativa con la que, según Habermas,<sup>4</sup> vamos construyendo el mundo.

Por otro lado, no hay un solo tipo de silencio. Hay muchos. De ahí que tal vez sea mejor referirse a los silencios y el derecho.

El silencio es un fenómeno múltiple por lo menos por dos razones: por los distintos factores que pueden explicar su aparición y por los sentidos variados que podemos leer en él.

Por ejemplo, algo puede dejarse sin decir porque se lo da por sentado.<sup>5</sup> También puede quedar fuera como producto del olvido, el desconocimiento, el error o la intención deliberada.<sup>6</sup> Esas explicaciones influyen en la atribución de significado al silencio producido.

Los silencios pueden también albergar sentidos distintos. Pueden ser indicios de indiferencia, perplejidad, descreimiento, extrañeza, acatamiento, desprecio, arrogancia, prepotencia, desobediencia o desafío. Los silencios pueden manifestar tanto autoridad como falta de poder.<sup>7</sup> La expresión popular “el que calla otorga” solo mienta parte de las posibilidades. A veces también podrá decirse que “el que calla pondera” o “el que calla resiste”. Steiner, por ejemplo, afirma que el silencio es una de las modalidades de la afirmación, junto al lenguaje, la luz y la música.<sup>8</sup>

El silencio puede generar valoraciones tanto positivas como negativas. El español Ramón Andrés, filósofo de la música y crítico literario –ámbitos ambos (el de la música y el de la literatura) en los que los silencios son parte integral de la obra–, sostiene que la atribución de connotaciones primordialmente negativas al silencio es una característica propia de la

<sup>3</sup> STEINER, George, *Un largo sábado: conversaciones con Laure Adler* 70 (2016).

<sup>4</sup> HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa* (1987) [1981].

<sup>5</sup> CONSTABLE, Marianne, *Just Silences: The Limits and Possibilities of Modern Law* 5 (2005).

<sup>6</sup> *Id.*, citando a AUSTIN, John, *Philosophical Papers* 175-204 (1979).

<sup>7</sup> CONSTABLE, *supra* nota 5, a la p. 12.

<sup>8</sup> STEINER, George, *Lenguaje y silencio: ensayos sobre la literatura, el lenguaje y lo inhumano* 59 (2013). Para los diversos sentidos del silencio, véase también ANDRÉS, Ramón, *No sufrir compañía: escritos místicos sobre el silencio* (2010), especialmente la introducción: “De los modos de decir en silencio”, a las ps. 11-74.

era moderna.<sup>9</sup> Con frecuencia, la cultura popular contemporánea proyecta el silencio como algo negativo: debilidad, complicidad, ignorancia, sumisión, o falta de “asertividad”, como dicen algunos con el aval de la Real Academia. Sin embargo, en la Antigüedad griega y romana, así como en el mundo medieval, hubo apreciaciones diferentes, entre ellas la oportunidad que ofrece el silencio para la comprensión propia y el cultivo personal. Recuérdese el silencio característico del campesino puer-torriqueño asociado con su concepción de la dignidad. Es posible, pues, identificar el silencio también con valores positivos: fortaleza, sabiduría, profundidad, cautela saludable o simplemente respeto.

Hechas estas aclaraciones generales, paso a proponer cuatro líneas de investigación que me parecen colmadas de posibilidades para elaborar una eventual teoría de los silencios en el derecho. Son sugerencias provisionales que pretenden únicamente servir de provocación para que nos interese más en lo que a mi juicio es un campo subdesarrollado de la reflexión jurídica.

Los cuatro aspectos de la relación entre los silencios y el derecho, que se corresponden con las cuatro líneas de investigación que propongo, son: (a) el silencio como objeto de regulación jurídica; (b) el silencio como referencia hermenéutica; (c) los efectos sociales de los silencios del derecho y (d) el silencio como elemento constitutivo del derecho. Estas vías de indagación tienen el potencial de nutrir una teoría analítica, una teoría normativa, una teoría de interpretación y una teoría social del silencio en el derecho. Por supuesto, hay una imbricación ineludible entre estas diferentes avenidas de indagación.

## I. EL SILENCIO COMO OBJETO DE REGULACIÓN JURÍDICA

En esta primera línea de investigación, la pregunta básica sería: cómo regulan o han regulado los ordenamientos jurídicos conocidos el fenómeno del silencio. Procederé identificando modalidades generales de esta actividad reguladora y proveyendo ejemplos de doctrinas, leyes o decisiones judiciales específicas. Esto último se hará con un doble propósito: ilustrar con instancias particulares los conceptos más abstractos y

<sup>9</sup> ANDRÉS, *supra* nota 8.

comprobar el extendido tratamiento del silencio en los ordenamientos, a pesar de su escasa presencia en la literatura doctrinal y teórica.

El silencio ha sido objeto de reglamentación durante siglos. A lo largo de la historia se han constituido regímenes de silencio de diverso tipo. En esos sistemas hay determinaciones precisas sobre quién habla, cuándo, dónde, cómo y con qué propósito. O, dicho a la inversa, quién debe callar, cuándo, dónde y con qué fin. Un ejemplo paradigmático es el de los entornos monásticos. En ellos se cultivó y se cultiva una compleja normativa del silencio que permea la vida toda de sus practicantes. Los abades y los monjes (las abadesas y las monjas) se convierten en verdaderos expertos de la aplicación de esa normativa del hablar y no hablar. Hubo en Europa una época –desde la tempranísima hasta la alta Edad Media– en que esos regímenes de silencio constituían una forma sobresaliente de vida.<sup>10</sup> Igual ha ocurrido y ocurre en otras latitudes y culturas.

Pero aun en los tiempos y sociedades actuales existen regímenes parciales de silencio: en las iglesias, las bibliotecas, las salas de concierto, los cines, los hospitales, las cárceles, las cortes, los salones de clase.<sup>11</sup> Se trata de normas que dictaminan el silencio que debe observarse en ciertos espacios y momentos. También muchos protocolos de ceremonias militares, civiles, eclesiásticas y académicas incluyen el silencio entre sus acciones reguladas: especifican quién puede hablar, cuándo y cómo. Los modales constituyen un código social en el que los silencios desempeñan un papel importante.

Dividiría esta indagación sobre el silencio como objeto de regulación, a su vez, en cuatro categorías: (a) el silencio obligado (o compelido); (b) el derecho al silencio (o el silencio protegido); (c) la protección jurídica contra el silencio y (d) la atribución de ciertas consecuencias jurídicas al silencio.

Tomemos el primero: *el silencio obligado o compelido*.

Una instancia obvia de esta modalidad de regulación son las censuras de todo tipo. Han abundado en la historia jurídica de Occidente y en otras civilizaciones, incluido nuestro país. Un ejemplo reciente de consecuencias internacionales dramáticas ha sido la famosa *Global Gag Rule*

<sup>10</sup> Véase *id.*, a las ps. 40-47.

<sup>11</sup> Sobre el silencio en las bibliotecas, véase CONSTABLE, *supra* nota 5, a las ps. 1-7.

adoptada por el Presidente Ronald Reagan en 1984, revocada por el Presidente Bill Clinton en 1993, reinstalada por el Presidente George Bush en 2001, vuelta a rescindir por el Presidente Barack Obama en el 2009 y de nuevo puesta en vigor por el Presidente Donald Trump el 23 de enero de 2017. La susodicha disposición prohíbe a las organizaciones sin fines de lucro que reciben fondos federales informar, abogar o siquiera hablar sobre el aborto en otros países.<sup>12</sup> Durante los períodos de vigencia de esa norma, numerosas organizaciones dedicadas a proveer servicios de planificación familiar y salud sexual y reproductiva vieron mermar sus recursos, y por ende sus servicios, considerablemente,<sup>13</sup> lo que se espera volverá a ocurrir tras la decisión de la Administración Trump. Otro ejemplo de silencio obligado fue la política de “*Don’t Ask, Don’t Tell*” adoptada por la Administración del Presidente Bill Clinton en el contexto del servicio militar.<sup>14</sup> La directriz obligaba a los soldados y soldadas homosexuales y lesbianas a guardar silencio sobre su orientación sexual so pena de ser excluidas de las Fuerzas Armadas. Se estima que, durante los diecisiete años de su vigencia, se expulsó a más de 13.000 personas de las Fuerzas Armadas debido a su orientación sexual.<sup>15</sup>

Desde cierta perspectiva, toda la normativa sobre privilegios, muchos de ellos recogidos en nuestras Reglas de Evidencia, constituye un régimen de silencio impuesto sobre aquellos a quienes el privilegio obliga.<sup>16</sup> De

<sup>12</sup> Véanse CLINTON, William J., “Memorandum on the Mexico City Policy”, enero 22, 1993, en *29 Weekly Comp. Pres. Doc.* 88 (1993); THE WHITE HOUSE, PRESIDENT GEORGE W. BUSH, *Memorandum for The Administrator of The United States Agency For International Development: Restoration of the Mexico City Policy*, enero 22, 2001; SEEVERS, Rachael E., “The Politics of Gagging: The Effects of the Global Gag Rule on Democratic Participation and Political Advocacy in Peru”, en *3 Brook. J. Int’l L.* (2006).

<sup>13</sup> SEEVERS, *supra* nota 12.

<sup>14</sup> United States, Department of Defense, Directive 1304.26, emitida el 21-12-93. La política estuvo vigente hasta el 20-9-2011, tras su revocación por el Congreso. Don’t Ask, Don’t Tell Repeal Act of 2010 (H. R. 2965, S. 4023), 111<sup>th</sup> Cong. 2009-2010.

<sup>15</sup> WANSAC, Alexis N., “*Don’t Ask, Don’t Tell*: A History, Legacy, And Aftermath (Tesis, University of Central Florida), Summer Term, 2013, disponible [en línea] <[http://etd.fcla.edu/CF/CFH0004487/Wansac\\_Alexis\\_N\\_201308\\_BA.pdf](http://etd.fcla.edu/CF/CFH0004487/Wansac_Alexis_N_201308_BA.pdf)> (última visita: 3-1-2017); VOLSKY, Igor, “New Statistic: 13,425 Soldiers Discharged Under Don’t Ask, Don’t Tell”, en *Think Progress*, April 22, 2010, disponible [en línea] <<https://thinkprogress.org/new-statistic-13-425-soldiers-discharged-under-dont-ask-don-t-tell-a453e1510f41#.iljzoeo0>> (última visita: 3-1-2017).

<sup>16</sup> Reglas de Evidencia de Puerto Rico (2009), cap. V: “Privilegios”.

similar tenor son los decretos de confidencialidad de información gubernamental amparados en doctrinas constitucionales o en la legislación y reglamentación especializada sobre la materia.<sup>17</sup> Por ejemplo, un estudio realizado por el Instituto de Estadísticas de Puerto Rico reflejó que en el país existen sobre 130 disposiciones legales de diverso orden que decretan la confidencialidad de (es decir, el silencio sobre) determinada información gubernamental.<sup>18</sup>

Una forma peculiar de silencio obligado es el silencio utilizado como castigo o como medio de tortura. Aparte de la pena de muerte, que es la imposición del más definitivo de los silencios, el confinamiento solitario constituye una de las modalidades más crueles de sanción penal. Ese rodear a la persona encarcelada de un silencio absoluto, interrumpido solo por la irrupción de los custodios en su celda, está destinado a castigar física, emocional y espiritualmente. Tiene el propósito, además, de hacer manifiesto un poder, lo que Foucault llama el poder de disciplinar, de modo que sea internalizado, a fuerza del silencio impuesto, por el sujeto que ahora se ha convertido en objeto del ejercicio del poder del carcelero.<sup>19</sup> Foucault resume esta relación entre el silencio, la prisión, el poder y el castigo de la siguiente manera: "...el aislamiento de los condenados garantiza que se pueda ejercer sobre ellos, con intensidad máxima, un poder que no será superado por ninguna otra influencia; la soledad es la condición primera de la sumisión total (...) El aislamiento provee un intercambio íntimo entre el condenado y el poder que se ejerce sobre él (...) En aislamiento absoluto (...) la rehabilitación del delincuente no se espera de la aplicación de una ley común, sino de la relación del individuo con su propia conciencia (...) En la prisión de

<sup>17</sup> Véanse, entre otros, *United States v. Nixon*, 418 U. S. 683 (1974) (privilegio ejecutivo); R. de Evidencia 514, Reglas de Evidencia de Puerto Rico (2009) (privilegio sobre información oficial). Además, *Soto v. Secretario de Justicia*, 112 DPR 477 (1982); *Santiago v. Bobb y El Mundo, Inc.*, 117 DPR 153 (1986); *López Vives v. Policía de Puerto Rico*, 118 DPR 219 (1987); *Noriega v. Gobernador*, 122 DPR 650 (1988) (Noriega I); *Noriega v. Gobernador*, 130 DPR 919 (1992) (Noriega II); *Angueira v. Junta de Libertad Bajo Palabra*, 150 DPR 10 (2000); *Nieves Falcón v. Junta de Libertad Bajo Palabra*, 160 DPR 97 (2003).

<sup>18</sup> ROIG COLÓN, Jorge R., *Acceso, divulgación y confidencialidad de la información del gobierno: informe de investigación externa para el director ejecutivo*, Instituto de Estadísticas de Puerto Rico, 2009.

<sup>19</sup> FOUCAULT, Michel, *Discipline & Punish: The Birth of the Prison* (1995).

Pennsylvania, los únicos dispositivos de corrección eran la conciencia y la arquitectura silente que la confrontaba...”<sup>20</sup>

El silencio obligado no siempre tiene una connotación negativa. El tenedor del privilegio se puede beneficiar del silencio impuesto a la persona obligada a guardar silencio. Un ejemplo más sobresaliente es el caso de la prohibición de las expresiones de odio. Es un silencio impuesto que pretende evitar un daño: las heridas que infieren las palabras.<sup>21</sup>

Veamos ahora la segunda instancia del silencio como objeto de regulación jurídica: *el derecho al silencio (o el silencio protegido)*.

En gran medida por la influencia del cine, la televisión y la novela policíaca, el ejemplo de derecho al silencio más conocido en el mundo es el derecho a no incriminarse adoptado, de una forma u otra, por numerosas jurisdicciones nacionales y por las normas de derecho internacional.<sup>22</sup> Este es uno de esos asuntos puntuales que atañen a la relación entre derecho y silencio que ha generado una amplia literatura jurídica.<sup>23</sup> Por eso no me detendré en su análisis. Pero debo mencionar que el derecho a que no se comente el silencio del acusado en el proceso penal es tanto un ejemplo de silencio protegido como una manifestación de silencio compelido: una obligación de guardar silencio sobre el silencio. Puntualizado lo anterior, procedo con otros ejemplos menos conocidos.

<sup>20</sup> *Id.*, ps. 237-238 (traducción suplida). Puede verse una versión digital en español en el siguiente enlace: <<http://www.ivanillich.org.mx/Foucault-Castigar.pdf>> en las ps. 217-219 (última visita: 12-1-2017).

<sup>21</sup> MACKINNON, Katherine, *Only Words* (1993); MATSUDA, Mari *et al.*, *Words that Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment* (1993); APPLEBAUM, Barbara, “Social Justice, Democratic Education and the Silencing of Words that Wound”, en 32 *Jou. of Moral Education* 151 (2003); CONSTABLE, *supra* nota 5, pp. 68-71.

<sup>22</sup> Véanse *Miranda v. Arizona*, 384 U. S. 436 (1966); SKINNIDER, Eileen y GORDON, Frances, *The Right to Silence. International Norms and Domestic Realities*, ponencia presentada en la Sino Canadian International Conference on the Ratification and Implementation of Human Rights Covenants, Beijing, octubre, 2001, disponible [en línea] <[http://icclr.law.ubc.ca/sites/icclr.law.ubc.ca/files/publications/pdfs/Paper1\\_0.PDF](http://icclr.law.ubc.ca/sites/icclr.law.ubc.ca/files/publications/pdfs/Paper1_0.PDF)>; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14(3).

<sup>23</sup> Véanse, por ejemplo: CHIESA APONTE, Ernesto L., *Derecho Procesal Penal: etapa investigativa* (2006); CHIESA APONTE, Ernesto L., *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos* (1991); FONTANET MALDONADO, Julio E., *El proceso penal de Puerto Rico* (2008); SALKY, Steven M., *The Privilege of Silence: Fifth Amendment Protections Against Self-Incrimination* (2014); STUART, Gary L., *Miranda: The Story of America's Right to Remain Silent* (2004).

Debe señalarse, en primer lugar, que si ya hemos convenido en que el silencio comunica algo, es lógico proponer que merezca protección bajo la libertad de expresión reconocida en las constituciones de tantos países contemporáneos y en la profusa normativa internacional sobre derechos humanos.<sup>24</sup> De hecho, así es. Las doctrinas prevalecientes sobre la protección constitucional a la expresión simbólica en nuestro medio pueden leerse, al menos parcialmente, en este sentido, puesto que la expresión así denominada muchas veces consiste de elementos puramente visuales o gestuales que se despliegan de manera eminentemente silenciosa. Como sabemos, la doctrina vigente sobre libertad de expresión en los ordenamientos constitucionales estadounidense y puertorriqueño desfavorece la expresión compelida por el Estado.<sup>25</sup> Es decir, reconoce un derecho general al silencio ante las pretensiones del Estado de obligar a alguien a pronunciarse sobre algún asunto. En fin, la reglamentación de la expresión es también reglamentación del silencio.

El derecho al silencio constituye además un aspecto importante de otro derecho fundamental: el derecho a la intimidad. Así lo ha reconocido la jurisprudencia, especialmente la del Tribunal Supremo de Puerto Rico, que en este sentido ha ido (o se precia de haber ido) más lejos que la federal estadounidense.<sup>26</sup> Una de las dimensiones del derecho a la intimidad, según lo interpretado por los tribunales, es el derecho a no revelar

<sup>24</sup> Véanse Const. EE. UU., Enmienda Primera; Const. Puerto Rico, art. II, sec. 4; Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), art. 19; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), art. 19(2); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 1(a) y 3.

<sup>25</sup> Véanse, *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U. S. 624 (1943) (no se puede obligar a escolares de escuela pública a saludar y profesar lealtad a la bandera); *Wooley v. Maynard*, 430 U. S. 705 (1977) (no se puede castigar a una persona que rehúsa desplegar en la tabllita de su automóvil un mensaje dispuesto por el estado); *Agency for International Development v. Alliance for Open Society International*, 133 S. Ct. 2321 (2013) (no se puede poner como condición a organizaciones no gubernamentales recipientes de fondos federales para combatir la epidemia del HIV-SIDA que adopten una política de oposición a la prostitución). Pero véase, *Rumsfeld v. Forum for Academic Rights and Institutional Rights*, 547 U. S. 47 (2006) (amenazar con privar de fondos federales a instituciones universitarias que se nieguen a recibir a los reclutadores militares en sus instalaciones no constituye una violación de la libertad de expresión de dichas instituciones).

<sup>26</sup> *Figueroa Ferrer v. E. L. A.*, 107 DPR 250 (1978); *Arroyo v. Rattan*, 117 DPR 35 (1986).

información personal que se desee mantener en confidencia. Ello constituye en efecto un derecho constitucional al silencio sobre determinados asuntos. Después de casos como *Lawrence v. Texas*<sup>27</sup> y *Obergefell v. Hodges*<sup>28</sup> en Estados Unidos y *Arroyo v. Rattan*<sup>29</sup> y *Figueroa Ferrer v. E. L. A.*<sup>30</sup> en Puerto Rico, hay que entender que el derecho a la intimidad así como su corolario el derecho al silencio están estrechamente relacionados con el derecho al trato digno. Es curioso que un pensador no jurista, como George Steiner, a quien ya he citado, haya expresado que para él la dignidad humana consiste en tener secretos.<sup>31</sup>

Otras modalidades del derecho al silencio –en su variante de derecho a la confidencialidad– pueden incluir el derecho al voto secreto y los secretos de negocios. Ello nos lleva a la consideración de otra posibilidad: el silencio como modo de participación política. Hay un derecho de los electores a guardar silencio: sobre cómo y por quién votan. Pero el silencio de los electores puede tener otras manifestaciones. La abstención, sobre todo cuando es masiva y en respuesta a objetivos definidos, puede resultar en un silencio ensordecedor que cause terremotos políticos. No es de extrañar que en algunos lugares esta práctica no se permita. El voto en blanco –esa otra manifestación del silencio político en las formas, pero solo en las formas– puede enviar mensajes de gran contenido colectivo. Recuérdense los efectos que tuvo el depósito de papeletas en blanco en el referéndum sobre el estatus político de Puerto Rico celebrado en el 2012. Hay un silencio avalado por el derecho electoral que puede resultar en un silencio político de gran significado.

El tercer modo de regulación jurídica del silencio puede calificarse como *protección jurídica contra el silencio*. Hay varios ejemplos posibles de esta modalidad. Mencionaré dos.

Pienso, en primer lugar, en el derecho a la información pública recogido expresamente en los ordenamientos jurídicos. Se trata en este caso de proveer protección jurídica de algún tipo –mediante recursos

<sup>27</sup> *Lawrence v. Texas*, 539 U. S. 558 (2003).

<sup>28</sup> *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015).

<sup>29</sup> ARROYO, *supra* nota 26.

<sup>30</sup> FIGUEROA FERRER, *supra* nota 26.

<sup>31</sup> HERMOSO, Borja, “George Steiner: ‘Estamos matando los sueños de nuestros niños’”, en *El País*, Babelia, En Portada, 1-7-2016.

administrativos o judiciales- contra las pretensiones de silencio oficial. En segundo lugar, cabe referirse a los problemas planteados por la contratación del silencio en determinadas transacciones públicas y privadas. Es el caso de quienes acuerdan, mediante contrato, que no se revelará cierta información. La práctica se ha generalizado en los ámbitos del entretenimiento, la publicidad, los acuerdos de intercambio comercial y otros, incluidas ciertas transacciones judiciales y extrajudiciales en torno a reclamaciones por hostigamiento sexual, acoso laboral y asuntos parecidos. ¿Deben considerarse esos acuerdos contrarios a la política pública, sobre todo cuando hay organismos gubernamentales involucrados? ¿Sobre qué bases? ¿Hasta qué punto?

La cuarta categoría de la indagación sobre el silencio como objeto de regulación jurídica se refiere a *la atribución que hace el derecho de ciertas consecuencias jurídicas al fenómeno del silencio*. En esos casos se trata de normas jurídicas explícitas sobre qué consecuencias asignarle al hecho de callar.

Por su efecto transversal en todo el ordenamiento, el más destacado ejemplo de lo anterior en el derecho puertorriqueño, con equivalencias en otros sistemas jurídicos, es la disposición del artículo 7º del Código Civil. Lee como sigue:

“El tribunal que rehúse fallar a pretexto de silencio, obscuridad, o insuficiencia de la ley, o por cualquier otro motivo, incurrirá en responsabilidad.

“Cuando no haya ley aplicable al caso, el tribunal resolverá conforme a equidad, que quiere decir que se tendrá en cuenta la razón natural de acuerdo con los principios generales del derecho, y los usos y costumbres aceptados y establecidos”.<sup>32</sup>

La primera oración impone responsabilidad al tribunal que rehúse fallar a pretexto de silencio. La segunda prescribe qué debe hacer el tribunal cuando el derecho mismo guarde silencio sobre un asunto. Se deberá acudir a la equidad, según definida en el Código. Sobre las implicaciones más amplias de este mandato diremos algo más adelante.

Otras instancias en que el derecho dictamina los efectos jurídicos del silencio de los sujetos o de los operadores del derecho incluyen las

<sup>32</sup> Código Civil de Puerto Rico, art. 7º.

disposiciones sobre admisiones tácitas, la tácita reconducción, la no impugnación de la paternidad dentro del plazo prescrito, las normas de prescripción, las doctrinas prevalecientes en algunas jurisdicciones sobre el silencio administrativo y otras por el estilo. Hay más ejemplos. Pero baste con los mencionados para dar una idea de lo que he querido decir.

## II. EL SILENCIO COMO REFERENTE HERMENÉUTICO

Lo que está planteado en esta línea de investigación es el problema de la interpretación jurídica. La interpretación es el proceso de asignación de significados a una acción, un acontecimiento, un texto o cualquier otro fenómeno que forme parte del mundo social en el que nos desenvolvemos. No me refiero aquí a los casos en que el derecho mismo le atribuye explícitamente consecuencias al silencio, como los que hemos examinado en la discusión inmediatamente anterior, sino de situaciones en que el derecho nada dice sobre el particular y el intérprete se enfrenta a la tarea de atribuirle significado a ese hecho. Esta indagación procuraría, pues, discernir qué lugar ha ocupado y ocupa el silencio en el proceso de interpretación jurídica. Más concretamente la pregunta sería: ¿qué significa jurídicamente no decir?, ¿qué repercusiones normativas tiene o debe tener el silencio a juicio del intérprete?

Debemos comenzar examinando algunos efectos que el silencio tiene en el proceso hermenéutico mismo. En primer lugar, el silencio en el derecho agudiza la necesidad de interpretación. La laguna que el silencio deja a veces requiere llenarse con alusiones a otras partes del texto, al expediente legislativo, a la estructura de la que forma parte, a las prácticas que ha propiciado, a la historia de su origen y su aplicación o al contexto en el que el texto se produjo y aquel en el que ahora se interpreta. Pero también podría exigir que se tome en cuenta el hecho mismo de que se ha guardado silencio como indicio de la intención del generador de la norma.

En segundo lugar, el silencio del derecho amplía la discreción del intérprete, circunstancia que, en el caso de la actividad judicial, puede tener repercusiones en la aplicación de principios generales como los del federalismo o la separación de poderes, por mencionar solo dos.

Paul Ricoeur, filósofo que ha dedicado tiempo a examinar la naturaleza del acto de juzgar y de los procesos de interpretación jurídica, ha señalado cómo el silencio de la norma es precisamente una de las condiciones que ayudan a generar esos “casos difíciles” a los que se refiere Ronald Dworkin<sup>33</sup> y que, según el teórico estadounidense, autorizan a los jueces a acudir a sus propias nociones de filosofía moral y política para solucionar controversias.<sup>34</sup>

En tercer lugar, toda interpretación ocurre sobre el trasfondo de silencios profundos y generalizados. Las culturas, incluida la cultura jurídica de un lugar determinado, operan sobre la base de esos silencios. Hay cosas en cada cultura que se dan por sentadas, que no tienen que decirse. Son el conjunto de entendidos básicos prevalecientes en cada comunidad interpretativa. De hecho, la comprensión de otras culturas depende mucho de que podamos descifrar el significado de sus silencios. En cierto modo, a eso es a lo que se refiere el constitucionalista Laurence Tribe cuando habla de la constitución “invisible”: ese núcleo de principios básicos que no tienen mención expresa en el texto de la Constitución, pero que forman parte del andamiaje constitucional.<sup>35</sup>

Más aún, las decisiones e interpretaciones jurídicas, tanto de los jueces como de otros operadores, se sustentan con frecuencia en teorías jurídicas y acercamientos metodológicos que no se explicitan. Eso es parte de la noción de la premisa inarticulada a la que aludía el Juez Oliver Wendell Holmes.<sup>36</sup> Ronald Dworkin hace extensiva esa operación silenciosa a todo el campo de la teoría jurídica y a toda la jurisprudencia cuando afirma: “La teoría del derecho es la parte general de la adjudicación, prólogo silente de cualquier decisión jurídica”.<sup>37</sup> Buena parte de mis cursos de Teoría del Derecho y Derecho Constitucional se dedica a estimular a las

<sup>33</sup> RICOEUR, Paul, *Lo justo* 177 (1995).

<sup>34</sup> DWORKIN, Ronald, *A Matter of Principle* (1985); DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously* (1977).

<sup>35</sup> TRIBE, Laurence H., *The Invisible Constitution* (2008).

<sup>36</sup> HOLMES, Oliver Wendell, “The Path of the Law”, en 10 *Harv. L. Rev.* 457 (1897).

<sup>37</sup> DWORKIN, Ronald, *Law's empire* 90 (1986). Ver a ZIMMERMAN, Jens, *Hermeneutics* (2015) a la p. 110: “In making his ruling, a judge intuitively draws on many assumptions that do their work quietly in the background, such as the language, legal concepts, and moral expectations of his tradition”.

y los estudiantes a identificar y dilucidar el significado de ese sustrato silente de la jurisprudencia y otros textos jurídicos.

Tanto en la tradición civilista como en la del “common law”, el debate metodológico –es decir, los posicionamientos sobre las estrategias, métodos y técnicas que deben utilizarse para atribuir significado a las normas y principios jurídicos– ha tendido a girar en torno a la tensión entre el formalismo (en sus diversas manifestaciones) y su contraparte, el antiformalismo jurídico, adoptado por corrientes como las teorías sociológicas alemanas o el realismo jurídico estadounidense y escandinavo y, más tarde, por teorías críticas como las del movimiento de estudios jurídicos críticos, el feminismo, la “critical race theory”, el posmodernismo, las teorías jurídicas poscoloniales y el llamado neopragmatismo estadounidense. Si se mira bien, el formalismo encierra una forma de silencio obligado. Postula que, para que sea válida, la argumentación jurídica debe quedarse dentro de las cuatro paredes del ordenamiento, aplicando métodos como la deducción lógica, la inducción mecánica, la analogía, la lectura literal de los textos o el uso riguroso del precedente, que dejen fuera toda consideración histórica, social o cultural, así como toda apreciación de las circunstancias particulares de los afectados por la norma y toda referencia a valores que no sean los estrictamente asumidos por el derecho promulgado. Es decir, según los formalistas, esos son asuntos sobre los que no se debe hablar al momento de atribuir significado a la norma que se aplica a un caso particular. Los antiformalistas, por su parte, pugnan por que el razonamiento de los juristas, particularmente los jueces, no deje fuera esas consideraciones, es decir, procuran compeler al derecho a hablar de historias personales, contextos, consecuencias y efectos. Abogan por que no se guarde silencio sobre esos particulares.

Uno de los esfuerzos de interpretación jurídica más frecuentes es el de determinar cuándo una norma, una regla o una doctrina han quedado derogadas, reafirmadas o establecidas *sub silentio*, bien por el cuerpo legislativo o por el tribunal. En *Commonwealth of Puerto Rico v. Franklin*,<sup>38</sup> el llamado caso de la quiebra criolla, resuelto por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos mediante opinión suscrita por el Juez Asociado Clarence Thomas, encontramos un buen ejemplo. El Tribunal no menciona

<sup>38</sup> *Commonwealth of Puerto Rico v. Franklin California Tax-Free Trust*, 579 U. S. (2016).

en absoluto los Casos Insulares ni discute la condición política de Puerto Rico al amparo de esa jurisprudencia. Sin embargo, al confirmar que el Congreso excluyó válidamente a Puerto Rico del capítulo 9 de la Ley Federal de Quiebras, la mayoría supuso, sin decirlo, que Puerto Rico está excluido de las exigencias de la cláusula de uniformidad de la disposición constitucional que otorga poder al Congreso para legislar sobre el tema de la bancarrota en ese país.<sup>39</sup> *Sub silentio*, el Tribunal reafirma el razonamiento contenido en los Casos Insulares que conduce a la conclusión de que el Congreso tiene poderes plenos para legislar sobre el territorio de Puerto Rico –parte central de la doctrina de los Casos Insulares– y que puede hacer con Puerto Rico lo que no podría respecto de los estados.

En una opinión concurrente que acompaña la decisión del Tribunal de Apelaciones para el Primer Circuito en ese mismo caso de *Franklin*, el Honorable Juez Juan B. Torruella, miembro distinguido de esta Academia, ofrece una interpretación interesante del silencio absoluto que hay en el récord legislativo sobre las razones que motivaron al Congreso para excluir a Puerto Rico de la Ley Federal de Quiebras en 1984. Ese silencio denota arbitrariedad, concluye el Juez. De modo que la susodicha exclusión legislativa no sobrevive ni siquiera el laxo criterio de razonabilidad que el caso de *Harris v. Rosario*, resuelto en 1980, le exige al Congreso a la hora de dispensarle un trato diferente a Puerto Rico.<sup>40</sup> La exclusión, por lo tanto, resulta inconstitucional. Cito dos referencias específicas de la opinión concurrente del Juez Torruella que se refieren a este asunto. Dice: “Ignorar ese silencio resulta chocante si se toma en cuenta que la tarea principal de los tribunales al interpretar cambios en las leyes de quiebras consiste en examinar cuidadosamente el texto estatutario y las justificaciones del Congreso”.<sup>41</sup> Más adelante, refiriéndose a la falta de explicación del Congreso para sustraer a Puerto Rico de la cubierta del capítulo 9, afirma: “Hay un silencio hermético en cuanto a las controversias e interrogantes que normalmente surgirían y se discutirían cuando se deroga una disposición que ha sido parte del Código

<sup>39</sup> Const. EE. UU., art. I, sec. 8, cl. 4.

<sup>40</sup> *Harris v. Rosario*, 446 U. S. 651 (1980).

<sup>41</sup> *Franklin California Tax-Free v. Commonwealth of Puerto Rico*, nro. 15-1218 (1<sup>st</sup> Cir. 2015) (op. concurrente Juez Juan B. Torruella), p. 60.

de Quiebras por casi medio siglo, y cuya eliminación habría de afectar a millones de ciudadanos de los Estados Unidos”.<sup>42</sup> De ser adoptado este razonamiento por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en algún momento, la consideración del silencio de la rama legislativa como criterio para determinar la razonabilidad de sus actuaciones abriría nuevas posibilidades en la evaluación de la constitucionalidad de las acciones del Congreso respecto de Puerto Rico y los demás territorios.

Otro ejercicio común de interpretación constitucional es el de descifrar cuándo el silencio de una de las ramas de gobierno o de determinados actores, públicos o privados, constituye aceptación o rechazo de cierta práctica gubernamental. Examinemos algunos ejemplos someramente.

En *Youngstown v. Sawyer*, resuelto en 1952,<sup>43</sup> el Tribunal Supremo de los Estados Unidos interpreta el silencio del Congreso sobre el tema de la incautación de molinos de acero por el Ejecutivo como indicio de su desautorización de esa práctica.<sup>44</sup> En contraste con *Youngstown*, en *Dames & Moore v. Regan*, resuelto en 1981,<sup>45</sup> el Tribunal valida una orden del Presidente que suspendía toda reclamación pendiente en los tribunales de Estados Unidos sobre los bienes y activos relacionados con Irán argumentando que, como el Congreso no lo había desautorizado, el Presidente había actuado correctamente. Es decir, el Tribunal, citando a *Youngstown* como autoridad, concluye, distinto a este, que el silencio del Congreso equivalía a autorización. En una decisión más reciente, *American Insurance Association v. Garamendi*, resuelto en el 2003, el Tribunal, citando jurisprudencia anterior, dice expresamente: “en las áreas de política exterior y seguridad nacional (...) el silencio del Congreso no debe equipararse con la desautorización del Presidente”.<sup>46</sup>

<sup>42</sup> *Id.*, a la p. 62.

<sup>43</sup> *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U. S. 579 (1952).

<sup>44</sup> De hecho, el esquema de tres niveles desarrollado por el Juez Jackson en su famosa opinión concurrente en ese caso –que ha sido adoptado por mayorías sucesivas del Tribunal para resolver conflictos de separación de poderes entre el Ejecutivo y el Legislativo– se basa en buena medida en el análisis de los silencios del Congreso en torno a las pretensiones y prácticas ejecutivas.

<sup>45</sup> *Dames & Moore v. Regan*, 453 U. S. 654 (1981).

<sup>46</sup> *American Insurance Association v. Garamendi*, 539 U. S. 396, 429 (2003). Ver *Haig v. Agee*, 453 U. S. 280, 291 (1981).

En *Franklin v. Commonwealth*, ya citado, se alude a la cláusula de desplazamiento expreso de la Ley Federal de Quiebras que prohíbe a los estados aprobar su propio estatuto de bancarrotas. El Juez Thomas concluye que como el Congreso no dijo nada sobre la posible exclusión de Puerto Rico de esa disposición (es decir, guardó silencio sobre el particular), había que interpretar que el Congreso no tuvo la intención de excluir a Puerto Rico del efecto de dicha cláusula de desplazamiento, con el resultado que ya conocemos. Puerto Rico no podía adoptar su propia ley de quiebras.

En *Lynch v. Donnelly*,<sup>47</sup> el Tribunal Supremo estadounidense validó la exhibición pública de una estampa del nacimiento del Niño Jesús durante las fiestas navideñas por parte de un gobierno municipal determinando que en el contexto específico del caso esa acción no constituía una violación del principio de separación de Iglesia y Estado. Un crítico de la decisión escribió: "En *Lynch*, la Corte apoyó su conclusión notando que nadie se había quejado sobre el nacimiento aun cuando se había estado exhibiendo durante cuarenta años. Para la Corte ese silencio significaba que el nacimiento no había generado disensión. La Corte ignoró la posibilidad de que el imperialismo cultural cristiano había producido el silencio de los miembros de otros grupos religiosos. El silencio a veces demuestra dominación, no consenso".<sup>48</sup>

Tomadas en conjunto, estas y otras opiniones del Tribunal Supremo de Estados Unidos no ofrecen criterios coherentes para determinar cuándo el silencio debe interpretarse como aceptación o como rechazo. La pregunta, por supuesto, es si eso será posible. Pues, al igual que ocurre con lo que se dice expresamente, el significado de lo que no se dice muchas veces dependerá del contexto. Quién y cómo determina cuáles son los elementos pertinentes que configuran ese contexto es también de suma importancia. Nos encontramos de nuevo, pues, ante el discutido problema de la indeterminación del derecho y de la actividad que necesariamente acompaña su puesta en vigor: la interpretación. Quizás por ello, no pueda decirse que el silencio tiene un significado inherente,

<sup>47</sup> *Lynch v. Donnelly*, 465 U. S. 668 (1984).

<sup>48</sup> FELDMAN, S., "Principle, History, and Power: The Limits of the First Amendment Religion Clauses", en 81 *Iowa L. Rev.* 833, 863 (1996).

mucho menos en el derecho, y solo pueda afirmarse lo que han advertido Wittgenstein sobre las palabras y Hart, siguiendo a este, sobre los conceptos jurídicos: que lo más práctico es discernir cómo se han utilizado en determinado contexto.<sup>49</sup> Hablaríamos así, pues, de los usos del silencio en el derecho en distintos momentos, circunstancias, lugares y culturas.

### III. LOS EFECTOS SOCIALES DE LOS SILENCIOS DEL DERECHO

Este aspecto de la indagación tendría el propósito de describir y explicar críticamente el efecto de los pequeños y grandes silencios del derecho en la configuración del mundo social. La propuesta descansa en la asunción de lo que algunos hemos llamado la teoría constitutiva del derecho: es decir, la proposición de que el derecho contribuye a la construcción o reproducción de visiones de mundo, identidades y relaciones y prácticas sociales. El cúmulo de planteamientos teóricos que se inscriben en esta corriente debe mucho a lo que se conoce como el giro lingüístico en la filosofía y las ciencias sociales en general. Destaca en los inicios de ese desarrollo la obra del filósofo británico John L. Austin, quien, en su famoso libro *Cómo hacer cosas con las palabras*,<sup>50</sup> demuestra convincentemente cómo el lenguaje, al decir, o porque dice, tiene el efecto de hacer. Así, por ejemplo, cuando se dice “prometo” se hace algo más que decir: se lleva a cabo la acción de comprometerse a hacer algo. Ello crea una situación nueva entre el hablante y el destinatario de la comunicación. Eso es lo que Austin llama el *performative power* de las palabras, lo que se ha traducido al castellano con los neologismos “poder realizativo” o, peor sonante aún, “poder performativo” del lenguaje. Austin siempre pensó que el discurso jurídico era el ejemplo paradigmático de esta fuerza constructora del lenguaje. El efecto configurador del derecho incluye eso que, siguiendo a Austin, el sociólogo Pierre Bourdieu llamó “el poder de nombrar”.<sup>51</sup>

<sup>49</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig, *Philosophical Investigations* (1953); HART, H. L. A., *The Concept of Law* (1961).

<sup>50</sup> AUSTIN, John L., *Cómo hacer cosas con las palabras* (2016) [1962].

<sup>51</sup> BOURDIEU, Pierre, “The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field”, en 38 *Hastings L. J.* 805 (1987).

De modo que el derecho hace cuando dice. Lo que ha sido menos explorado es lo que el derecho hace cuando no dice. En ese caso podríamos hablar del efecto *realizativo* o *performativo* del silencio del derecho. Es decir, se trata de la conciencia de que los silencios del derecho tienen o pueden tener consecuencias sociales. Preguntarse sistemática y críticamente por esas incidencias silenciosas del derecho en el mundo social abre vías de investigación de gran calado.

Paso a sugerir varias posibilidades.

Un efecto primordial del silencio en el derecho es la generación de invisibilidades. Otro, la producción de ausencias. Y un tercero, la configuración de marginaciones, exclusiones y relaciones de subordinación y dominación. El no nombrar a ciertos sujetos muchas veces redundando en su exclusión de las protecciones jurídicas disponibles para los que sí son nombrados. El derecho construye un imaginario normativo en el que están ausentes ciertos sujetos. Pero no solo se trata de imaginarios trancos. Sino también de verdaderas exclusiones materiales. Desde el derecho se han creado mundos laborales y políticos, espacios culturales y públicos, sin mujeres, sin personas negras, indígenas, extranjeras o que exhiban funcionalidades diversas y sin personas con orientaciones o identidades de género no tradicionales. A veces la exclusión o marginación es expresa, como en el caso de las leyes de segregación racial. Otras, el fenómeno acontece mediante la resistencia del derecho a nombrar a las personas afectadas como agentes dotados de dignidad y, por tanto, merecedoras de igual respeto y consideración. Quizás las más de las veces el efecto se logra mediante una compleja combinación de prescripciones expresas y silencios deliberados. Estas exclusiones, a su vez, imponen silencios, por lo menos públicos, a los que padecen el discrimin. Ese ha sido el caso de la criminalización y desprotección jurídica de las relaciones íntimas entre personas del mismo sexo, por mencionar solo un ejemplo.

Otro efecto social de las diversas interacciones entre el silencio y el derecho lo constituye la exclusión de ciertas voces del discurso público o del proceso de formación del discurso jurídico mismo. Una situación que nos toca de cerca es la de la supresión de las voces de las poblaciones colonizadas. El colonialismo entraña, de diversas formas, la privación de la voz en el proceso de elaboración por la metrópoli de las normas que rigen a la población subordinada. En el caso de Puerto Rico,

el fenómeno se ha manifestado históricamente con la imposición de leyes orgánicas y ordinarias, como las Leyes Foraker y Jones, las leyes de cabotaje o la reciente aprobación de Promesa. También ha tomado forma en la ausencia de voz efectiva en el cuerpo generador de esa legislación, en el silencio impuesto por la supresión del voto, en la exclusión de nuestra presencia y voz en los organismos regionales e internacionales y efectos por el estilo. Esta situación condena a Puerto Rico no solo a un tipo de invisibilidad, sino a una modalidad de silencio impuesto que ocasiona que aun cuando hablemos no se nos oiga y si se nos oye no se nos escuche. La falta de voz es falta de poder. Es también una distorsión aguda del principio democrático. Esta relación entre silencio, poder y democracia debe explorarse con más detenimiento. El largo silencio de la literatura constitucional de Estados Unidos sobre los Casos Insulares fue una forma de hacer invisible la existencia de relaciones coloniales en el sistema constitucional estadounidense ante los ojos de los cultivadores más prominentes y prestigiosos de esa literatura. Fue ese silencio el que algunos nos dimos a la tarea de perturbar desde hace ya varios años. La abundante literatura producida por la teoría jurídica poscolonial en el resto del mundo también ha dedicado parte de su análisis a las posibilidades de expresión de las poblaciones subalternas largamente silenciadas.<sup>52</sup>

Desde hace décadas, las diversas corrientes feministas han planteado con claridad cómo la exclusión de las voces de las mujeres, situadas en sus diversos contextos, configurados por factores como la clase, la raza, la etnia, la pobreza, la orientación sexual, la identidad de género y otros, ha constituido parte de los procesos mediante los cuales se han creado las relaciones y prácticas que producen y reproducen el sistema patriarcal, el sexismo y la discriminación. De ahí que sus metodologías de análisis y lucha hayan incluido prominentemente la creación de mecanismos que permitan hacer aflorar las voces de las mujeres.<sup>53</sup>

<sup>52</sup> Véanse: DARIAN-SMITH, Eve, "Postcolonial Theories of Law", en BANAKAR, Reza y Max TRAVERS (eds.), *An Introduction to Law And Social Theory*, 247-264 (2013); ROY, Alpana, "Post-Colonial Theory and Law: A Critical Introduction", en 29 *Adelaide Law Review* 315 (2008); FITZPATRICK, Peter y EVE DARIAN-SMITH (eds.), *Laws of the Postcolonial* (1999).

<sup>53</sup> Véanse, por ejemplo, VICENTE, Esther, "Los feminismos y el derecho: ¿contradicción o interconexión?", en 36 *Rev. Jur. UIPR* 363 (2002); DURÁN, María Ángeles, *Si Aristóteles*

De hecho, todas las luchas de inclusión pugnan por hacer visibles las marginaciones y opresiones y por darle expresión a los grupos y a los reclamos condenados a la invisibilidad producida por el silencio. Con esas luchas a veces se procura que cese el silencio del derecho sobre determinados asuntos: como cuando se reclama que reconozca expresamente ciertos derechos que se entienden fundamentales. Otras se busca lo contrario: que el derecho calle. Como cuando se exige que deje de prohibir determinadas prácticas. Aun otras veces se persigue que el derecho deje de decir lo que dice para que diga otra cosa: como cuando se reclamó que el Código Civil eliminara el concepto de ilegitimidad de los hijos e hijas y proclamara la igualdad jurídica de toda la progenie.

Procede incluir en esta tercera línea de investigación –aunque tiene tangencias importantes con las otras– la relación entre el derecho y la justicia. En uno de los pocos libros que pretende abordar de forma sistemática el tema de los silencios del derecho, tomando como hilo conductor su conexión con la justicia, la profesora de retórica de la Universidad de California en Berkeley, Marianne Constable se plantea qué ocurre cuando el derecho guarda silencio sobre la justicia.<sup>54</sup> Esta posibilidad quedó agudizada desde fines del siglo XIX y principios del XX con el surgimiento y afianzamiento del positivismo como teoría jurídica. Hay que recordar que dos de las figuras más prominentes del positivismo europeo, el británico John Austin –el jurista, no el filósofo del lenguaje al que hice referencia anteriormente– y el austríaco Hans Kelsen, postularon la separación entre el derecho y la justicia: según ellos, el derecho es lo propio de la ciencia jurídica, la justicia pertenece al ámbito de la moral.<sup>55</sup> El iusnaturalismo rechazaba esta distinción. Constable se pregunta: si el derecho deja de hablar de la justicia, ¿caerá esta en el olvido?, ¿conducirá ese silencio a la decadencia del derecho?, ¿emergerá un nuevo tipo de derecho?, ¿qué clase de derecho sería?<sup>56</sup> La autora se decanta a favor del entendido de que existe una conexión necesaria

*levantara la cabeza* (2001); FINLEY, Lucinda M., “Breaking Women’s Silence in Law: The Dilemmas of the Gendered Nature of Legal Reasoning”, en 64 *Notre Dame L. Rev.* 886 (1989).

<sup>54</sup> CONSTABLE, *supra* nota 5, a las ps. 6-7.

<sup>55</sup> AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832); KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State* (1946).

<sup>56</sup> CONSTABLE, *supra* nota 5, a la p. 7.

entre derecho y justicia. Me permito recordar que hoy día no hay que ser iusnaturalista para simpatizar con este planteamiento. El positivista británico H. L. A. Hart terminó aceptando la necesidad de que los ordenamientos positivos contengan por lo menos un grado mínimo de moralidad. El discurso contemporáneo de los derechos humanos actúa como referente para quienes procuran anclar los reclamos de derechos más allá del derecho positivo de los ordenamientos jurídicos existentes. Por su parte, Jacques Derrida concluye que el derecho necesita a la justicia tanto como la justicia al derecho, aunque no sean la misma cosa.<sup>57</sup> Para Derrida, la justicia precisa del derecho para intentar hacerse realidad mediante su concreción en la norma promulgada. Por otro lado, el derecho debe aspirar a la justicia, aunque la justicia siempre quede diferida, es decir, existente solo como aspiración, tan pronto su contenido se incorpore a la norma positiva. Se trata, pues, de un esfuerzo constante por materializar en el derecho la justicia elusiva. De ahí la posibilidad de que la idea de la justicia por venir se convierta en una fuerza transformadora del derecho existente.

Estos posicionamientos diversos reflejan una tensión. La tensión generada, por un lado, por nuestra comprensión de que la justicia no se agota en el derecho –por lo que a veces habrá que acudir más allá del derecho para lograr el resultado justo–, a la vez que, por el otro, nos resistimos a prescindir del derecho por temor a faltarle a la justicia. De ahí tal vez surja el planteamiento central del libro de Constable: que en el momento presente quizás la única posibilidad de la justicia resida en lo que el derecho no dice, es decir, en los silencios del derecho. Pues el silencio del derecho nos obliga a buscar soluciones que no preveíamos, más ajustadas a las exigencias del momento presente y a las particularidades de los hechos y circunstancias en cuestión. Constable escribe desde el interior de la cultura del derecho común angloamericano. Sin embargo, su intuición podría encontrar reafirmación en lo dispuesto en el artículo 7º del Código Civil de Puerto Rico, ya citado. Cuando el derecho guarde silencio deberá acudirse a la equidad. He ahí una puerta

<sup>57</sup> DERRIDA, Jacques, "Force of Law: The Mystical Foundation of Authority", en 11 *Cardozo L. Rev.* 920 (1989-1990).

abierta a la posibilidad de la justicia. A veces, pues, la justicia dependerá de que el derecho calle.

#### IV. EL SILENCIO COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DEL DERECHO

Esta línea de investigación se preguntaría hasta qué punto el silencio es un elemento constitutivo del derecho: en qué medida es una de sus características. Esta indagación cala más profundamente que simplemente preguntarse cómo el derecho regula el silencio, qué papel desempeña el silencio en su interpretación o qué efectos sociales pueden tener los silencios del derecho. Interroga más bien el carácter mismo del derecho como fenómeno social. Veamos.

Del lenguaje se ha dicho que consiste de palabras y de silencios.<sup>58</sup> Lo mismo se ha afirmado de la poesía.<sup>59</sup> De la música sabemos que importan tanto sus silencios como sus sonidos. Algo parecido puede afirmarse del derecho: consta tanto de palabras como de silencios. Ello es así no solo porque el derecho se cuenta entre los fenómenos lingüísticos, sino también porque su modo de operar depende mucho del silencio. Lo hemos constatado ya al examinar el lugar del silencio en la interpretación jurídica y al analizar los diversos efectos sociales del silencio del derecho. Pero hay otros aspectos que lo confirman. Por ejemplo, todos los rituales jurídicos –ocurran en el tribunal, en los organismos administrativos, en los despachos notariales, en los cuarteles de policía y las fiscalías o en los procesos de negociación, arbitraje o mediación– tienen sus momentos de silencio cuya infracción puede acarrear serias consecuencias. El silencio es también una estrategia de litigio de suma importancia.

Pero quizás la mejor razón para considerar al silencio como fenómeno constitutivo del derecho es el hecho de que muchas veces la ley opera silenciosamente, ocultando su existencia, como diría Foucault,<sup>60</sup> y sus silencios son parte de lo que comunica. Foucault se refiere a la ley como ese “pensamiento del afuera” que nos envuelve y que reafirmamos

<sup>58</sup> STEINER, *supra* nota 8.

<sup>59</sup> RAMOS, Francisco José, *La significación del lenguaje poético* (2012).

<sup>60</sup> FOUCAULT, Michel, *El pensamiento del afuera* (1997) [1966], cap. 5: “¿Dónde está la ley, qué hace la ley?”, en las pp. 43-54.

cotidianamente sin que nos demos cuenta.<sup>61</sup> A cada paso hacemos que se cumpla una norma (no invadimos la propiedad ajena, nos detenemos ante un semáforo, le entregamos la licencia de conducir al policía que nos la requiere, pagamos los impuestos, no agredimos físicamente al prójimo). Todo ello termina haciéndose como si fuera de sentido común y se convierte en parte de nuestro quehacer personal y nuestras prácticas sociales. Yo añadiría que también se trata de un pensamiento del “adentro”, en la medida en que la norma se va convirtiendo en parte de nuestros contenidos de conciencia.<sup>62</sup> La efectividad del derecho consiste en su poder para hacerse cumplir silenciosamente tanto o más que en su capacidad para hacerse respetar mediante la violencia oficial. Aun en este último caso, la violencia no opera solo como acto que se realiza sino como amenaza que late en el imaginario colectivo sin necesidad de que se le exprese abiertamente.<sup>63</sup> En *El proceso*, Kafka se refiere a una ley que no se conoce, una ley que se imagina, pero que aun así se experimenta.<sup>64</sup> Es decir, la ley cuyos efectos se materializan silenciosamente. En fin, el silencio es tan parte del derecho como sus palabras.

## V. CONCLUSIÓN

En esta conferencia he tratado de explorar la relación estrecha que existe entre el derecho y el fenómeno del silencio. He sugerido cuatro aspectos de esa relación que pueden considerarse y, a su vez, cuatro posibles líneas de investigación que conduzcan a una mayor comprensión del fenómeno jurídico. Estas indagaciones pueden tener un carácter transversal, pues el tema guarda conexión con todas las disciplinas jurídicas y se presta para análisis comparados entre sistemas y ordenamientos diversos, tanto nacionales como transnacionales. Conciérne, además, a los procesos legislativos, judiciales y administrativos, a todo tipo de práctica jurídica y a las intervenciones de diversos tipos de agentes, sean

<sup>61</sup> *Id.*

<sup>62</sup> He tratado este tema en RIVERA RAMOS, Efrén, “Derecho y subjetividad”, en 5-6 *Fundamentos* 125 (1997-98).

<sup>63</sup> Sobre la relación entre derecho y violencia puede verse RIVERA RAMOS, Efrén, “Reflexiones bajo el influjo de una violencia extrema”, en *Violencia y derecho* (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, SELA) (2003), a las pp. 3-14.

<sup>64</sup> KAFKA, Franz, *The Trial* 13 (2012) [1925].

operadores jurídicos oficiales, individuos o entidades particulares que realizan actos que tienen consecuencias jurídicas o a quienes el derecho afecta de una forma u otra. La temática explorada en este trabajo es decididamente parcial. Hay numerosos asuntos que no he mencionado que ameritarían atención.

Lo que propongo es que convirtamos al silencio en categoría de análisis jurídico, de modo que incorporemos su examen en nuestra docencia, nuestras investigaciones, nuestras publicaciones y nuestra práctica en la medida de lo pertinente. Tras haberme interesado por este tema he comprobado que las ocasiones surgen con mayor frecuencia de lo que uno se imagina y cuando uno menos se lo espera.

He dicho antes que en todo protocolo hay momentos para hablar y momentos para callar. En esta ceremonia ha llegado el momento de que yo calle, es decir, guarde silencio, para que el acto prosiga y sean otros los que hablen.

Fecha de recepción: 22-6-2017.

Fecha de aceptación: 5-10-2017.