

# Un derecho de palabras y silencios

## *A law made of words and silences*

Por M.<sup>a</sup> OLGA SÁNCHEZ MARTÍNEZ  
Universidad de Cantabria

### RESUMEN

*Como todo vehículo de comunicación y de expresión el derecho es lenguaje. Un lenguaje construido sobre palabras y silencios. Los silencios en el derecho se producen en contextos muy diversos, permitiendo al jurista explorar nuevas vías de relación. El derecho reacciona ante el silencio, se pronuncia sobre él, haciéndolo parte del contenido de derechos, como en el derecho de defensa y en la libertad de expresión. Le permite garantizar el derecho al honor, a la intimidad, la inviolabilidad de domicilio o el libre desarrollo de la personalidad. Advierte de sus peligros en la censura. Lucha contra él para recuperar la memoria. Lo impone para hacer efectivo el olvido. Lo explora para hacerle referente en la constitución, continuación o extinción de una relación jurídica; para dar por estimada o desestimada una petición a la administración; y lo convierte en una oportunidad para producir nuevo derecho.*

Palabras clave: *silencio, libertad de expresión, censura, memoria, olvido, derecho al silencio.*

### ABSTRACT

*As any vehicle of communication and expression, law is language. A language built on words and silences. The silences in law occur in very different*

*contexts allowing the jurist to explore new ways of relationship. The law reacts to silence, pronounces upon it, making it part of the content of rights, in the right of defense and in the freedom of expression. It guarantees the right to honour, privacy, inviolability of domicile or the free development of the personality. It warns of the dangers in censorship. Fights against it to recover the memory. Law imposes it to make oblivion effective. Explores it to make it reference in the creation, continuation or termination of a legal relationship; to resolve a petition to the Administration as estimated or rejected; and turns it into an opportunity to produce new law.*

Key words: *silence, freedom of expression, censorship, memory, oblivion, right to silence.*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN: EL SILENCIO COMO ELECCIÓN O IMPOSICIÓN.—2. PALABRAS Y SILENCIOS: CONTENIDOS Y LÍMITES DE LOS DERECHOS. 2.1 *Libertad de expresión y censura.* —2.2 *Derecho a la memoria y derecho al olvido.* 2.3 *Derecho fundamental al silencio y deberes correlativos.*—3. CALLAR ES DECIR: LOS SILENCIOS CON-SENTIDOS.—4. EL SILENCIO DEL LEGISLADOR: DEL NO DERECHO AL NUEVO DERECHO.—5. CONCLUSIONES.—6. BIBLIOGRAFÍA.

**SUMMARY:** 1. INTRODUCTION: SILENCE AS CHOICE OR IMPOSITION.—2. WORDS AND SILENCES: CONTENTS AND LIMITS OF RIGHTS. 2.1 *Freedom of expression and censorship.* 2.2 *Right to memory and right to oblivion.* 2.3 *Fundamental right to silence and relative duties.*—3. BEING QUIET IS TO SAY: THE SILENCES WITH SENSE.—4. THE SILENCE OF THE LEGISLATOR: FROM THE NO LAW TO THE NEW LAW.—5. CONCLUSIONS.—6. REFERENCES.

## 1. INTRODUCCIÓN: EL SILENCIO COMO ELECCIÓN O IMPOSICIÓN

Mientras son abundantes los estudios sobre el lenguaje que tienen de referencia a la palabra, como vehículo de representación, comunicación, transmisión y modulación del pensamiento, el lenguaje del silencio está mucho menos explorado<sup>1</sup>. Existe una larga tradición sobre la historia de la palabra que no tiene una correspondencia en intensidad con una historia del silencio. Un silencio tratado sobre todo dentro de los límites, casi como un apéndice, de la palabra. El silencio sería así la palabra que no se articula, la que no se dice, la que no se

---

<sup>1</sup> HALL, E. T., *El lenguaje silencioso*, trad. C. Córdoba, Alianza, Madrid, 1989, pp. 7-8.

oye; aquel vacío que precede o sucede a la palabra. Una pausa antes o después de decir, una respuesta o una ausencia de respuesta.

Sin embargo, esta ausencia de sonoridad es también una forma de expresión. El lenguaje es palabra y es silencio<sup>2</sup>. El silencio habla y es capaz de articular el pensamiento. No es entonces ausencia sino presencia, es un vacío sonoro pero, paradójicamente, puede ser ruidoso porque puede decir muchas cosas. No hablar puede ser tan expresivo como decir, el silencio puede ser elocuente<sup>3</sup>. Para Heidegger guardar silencio es decir, ya que «nunca, en ninguna lengua, lo expresado en el lenguaje es lo dicho»<sup>4</sup>, porque «callar es algo que de modo auténtico se hace en el hablar y solo puede hacerse en el hablar»<sup>5</sup>. El silencio, decía Sartre, es un momento del lenguaje, callarse «no es quedarse mudo, sino negarse a hablar, es decir, hablar todavía»<sup>6</sup>.

Ahora bien, si complejo es atribuir sentido a la palabra más lo es atribuírselo al silencio. El silencio comunica, expresa, habla, pero lo que dice depende de muchos factores que acompañan a la ausencia de palabra. El silencio puede ser prudencia, reflexión, respeto, necesidad, imposibilidad, censura, huida, cobardía, insolencia, conspiración, desconfianza, temor... Puede representar una forma de defensa, incluso de resistencia, pero también de poder<sup>7</sup>. Puede ser una ventana que se abre a otras alternativas frente a lo dicho, a transformar ciertas situaciones consolidadas y apoyadas por palabras. Pero también puede ser un muro que sirva para refrendar lo ya dicho y dificulte o imposibilite otros pensamientos, ideas y acciones.

Uno de los contextos más importantes que ha de tenerse en cuenta para poder valorar el sentido del silencio es si se produce como resultado de una libre elección o de una imposición.

<sup>2</sup> «Toda conversación es un tejer de silencios y palabras, un baile de pausa y hablar» AVENDAÑO AYESTARÁN, M., *Habla el silencio*, Trabajo Fin de Máster Filosofía práctica y teórica, Especialidad: Lógica, historia y filosofía de la ciencia, tutor: J. Claramonte Arufat, Convocatoria junio 2017, UNED, p. 15.

<sup>3</sup> Cfr. BURKE, P., *Hablar y callar. Funciones sociales del lenguaje a través de la historia*, trad. A. L. Bixio, Gedisa, Barcelona, 1996, p. 155. Ver también RELLA, F., *El silencio y las palabras. El pensamiento en tiempos de crisis*, trad. A. Fuentes Marcel, Paidós, Barcelona, 1992, pp. 20-22.

<sup>4</sup> HEIDEGGER, M., *Desde la experiencia del Pensar*, edición bilingüe de F. Duque, Abada, Madrid, 2005, p. 31.

<sup>5</sup> *Id.*, *Prolegómenos para una historia del concepto de tiempo*, trad. J. Aspíunza, Alianza, Madrid, 2006, p. 334.

<sup>6</sup> SARTRE, J. P., *¿Qué es la literatura?*, trad. A. Bernárdez, Losada, Buenos Aires, 1967, p. 54.

<sup>7</sup> Cfr. CANETTI, E., *Masa y poder*, Obra completa 1, trad. J. J. del Solar, Debolsillo, Barcelona, 2010, pp. 426, 434. Quizás porque como señala en su personaje de *Nuncadebe* las palabras oprimen, tanto las propias como las ajenas y hay que salir a tomar aire, *id.*, *El Testigo Escuchón. Cincuenta caracteres*, trad. J. J. del Solar, Anaya, Madrid, 1993, p. 210. La diversidad de manifestaciones del silencio, su naturaleza heterogénea o los «matices de la ambigua elocuencia del silencio», son analizados por LABRAÑA, M., *Ensayos sobre el silencio. Gestos, mapas y colores*, Siruela, Madrid, 2017, p. 35.

La distribución de los espacios, los sujetos y los contenidos del habla pueden convertirse en una estrategia de poder, de dominio e, incluso, de violencia de quienes pueden hacer uso de la palabra. Por el contrario, coloca en una situación de ausencia, vacío y/o resistencia a quienes privados de palabra, no pueden nombrar y, tal vez, ni siquiera ser nombrados<sup>8</sup>. A quien se le concede el derecho, o el privilegio, de la palabra se hace visible, mientras se propicia la invisibilidad y hasta el olvido a quienes no tienen el uso de la palabra.

Entre otros muchos, un ejemplo significativo de las relaciones de poder que pueden ser analizadas a través de la palabra y el silencio es la que corresponde a la tristemente tradicional jerarquía entre los sexos. Se ha dicho, no sin razón, que la pervivencia de la violencia contra las mujeres bajo sus múltiples formas es una de las más graves manifestaciones, y a la vez consecuencia, de haberlas silenciado, a ellas y a la violencia contra ellas ejercida, de forma constante a lo largo de la historia. Una ausencia de voz en el espacio público que, en contraste con la abundante y sobredimensionada palabra de los varones, ha supuesto la ausencia de sus relatos, sus experiencias, sus discursos, sus prioridades, sus valores, sus visiones de vida y sus propuestas<sup>9</sup>.

El recurso a uno de los grandes clásicos, como la obra *Antígona*, es muy ilustrativo sobre las terribles consecuencias de la ausencia de voz de las mujeres. Una gran tragedia sobre una muerte anunciada que habla con el gesto silencioso de una mujer desde el fondo de una caverna<sup>10</sup>. Kierkegaard, al respecto de *Antígona*, afirma que es «silencio necesariamente», vive pero está muerta porque su vida está enterrada por su secreto, su vida está encubierta y es silenciosa<sup>11</sup>. Su muerte será el silencio definitivo pero su vida silenciosa y silenciada, impregnada por sus propios miedos, y los de quienes la rodean, anunciaban ya aquel desenlace fatal. Un miedo a «no ser capaces de superar las falacias de nuestro interior», que nos mantiene «dóciles, leales y obedientes», y que «induce a aceptar muchos aspectos de la opresión»<sup>12</sup>. Ella no calló y murió, pero el silencio cómplice con la opresión tampoco la hubiera librado de la muerte en vida que supone el callar. Romper el silencio es entonces una posibilidad de vivir en libertad, «un reto de libertad para desterrar mentiras», para «reinterpretar los silencios» de quienes no pueden decir, teniendo mucho que

---

<sup>8</sup> Cfr. RENAU, M. D., *La voz pública de las mujeres. Contra la «naturalidad» de la violencia, feminizar la política*, Icaria, Barcelona, 2009, pp. 20-21.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>10</sup> Cfr. VIRASORO, V., *De ironías y silencios. Notas para una filosofía impresionista*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 212.

<sup>11</sup> KIERKEGAARD, S., *De la tragedia*, trad. J. López Zavalía, Quadrata, Buenos Aires, 2004, pp. 97, 101.

<sup>12</sup> LORDE, A., *La hermana, la extranjera: artículos y conferencias*, trad. M. Corniero, Horas y Horas, Madrid, 2003, p. 43.

decir, para «descubrir los secretos»<sup>13</sup>. Frente a los silencios impuestos hablar es una ventana a la creatividad y a la transformación. Pero el precio de abrir esta ventana puede ser muy alto, por lo que callar puede ser una forma de resistencia, la espera del momento adecuado para decir.

El silencio puede tener otros efectos, así ha podido destacarse que frente al exceso de palabras, en un espacio invadido por el ruido, el silencio puede tener un efecto balsámico, ser una llamada a la tranquilidad y la reflexión<sup>14</sup>. Un silencio que pretenda tranquilidad, rebajar tensiones, que trace el camino hacia el hablar, que permita «el andar del pensamiento». El silencio sería entonces «la puesta en camino» que llama a la calma<sup>15</sup>, «el tranquilo corazón del *lichtung*»<sup>16</sup>.

El silencio podría también representar una forma de denuncia y rebelión contra el abuso de la palabra, ser incluso persuasivo y convincente en su pretensión de neutralizar el discurso del otro, frente a la opulencia de palabras que generan desconfianza. Steiner nos propone una reflexión sobre un silencio elegido voluntariamente, como una alternativa, ante la ausencia de palabras para expresar los horrores de la humanidad. En la línea de Wittgenstein, de lo que no se puede hablar hay que callar<sup>17</sup>, o de Adorno, ninguna poesía después de Auschwitz, el silencio es denuncia ante la impotencia de la palabra, porque cuando las palabras se llenan de «salvajismo y mentira», cuando nos instalamos en el «hemisferio oscuro de la palabra», nada resuena tanto como el silencio. Un silencio que es lenguaje en un escenario que se ha quedado mudo, en el que es preferible callar que ensalzar lo inhumano: «cuando el régimen totalitario es tan eficaz que cancela toda posibilidad de denuncia: ¡qué calle el poeta!»<sup>18</sup>.

Un silencio reflexivo, un silencio constructivo y un silencio respetuoso. Podemos guardar un minuto de silencio por quienes sufren a consecuencia de los excesos de la palabra pero sería, y vuelvo a Stei-

<sup>13</sup> RICH, A., *Sobre mentiras, secretos y silencios*, trad. M. Dalton, Icaría, Barcelona, 1983, pp. 14-15.

<sup>14</sup> «Frente a la palabra que no calla, la “hemorragia del discurso”, el silencio es sutura”, ayuda a comprender, “alimenta” una reflexión»: LE BRETON, D., *El silencio: aproximaciones*, trad. A. Temes, Sequitur, Madrid, 2006, p. 5.

<sup>15</sup> HEIDEGGER, M., *De camino al habla*, trad. Y. Zimmermann, Ediciones del Serbal-Guitard, Barcelona, 1999, pp. 227, 228, 237.

<sup>16</sup> ID., *Ser y tiempo*, trad. M. Garrido, J. L. Molinuevo y F. Duque, Tecnos, Madrid, 1999, p. 89. En la obra cinematográfica «El gran silencio», se nos dice «sólo en completo silencio se comienza a escuchar», o «sólo cuando el lenguaje se detiene se comienza a ver» (Película documental dirigida por Ph. Gröning, 2005).

<sup>17</sup> WITTGENSTEIN, L., *Tractatus logico-philosophicus*, trad. J. Muñoz e I. Reguera, Alianza, Madrid, 2003. La afirmación corresponde al aforismo 7, único que no contiene subdivisiones; previamente, en el prólogo, ya señala que podría resumirse el sentido entero del libro en las palabras: «lo que puede ser dicho, puede ser dicho claramente, y de lo que no se puede hablar hay que callar» (p. 47).

<sup>18</sup> STEINER, G., *Lenguaje y silencio. Ensayos sobre la literatura, el lenguaje y lo inhumano*, trad. M. Ultorio, Gedisa, Barcelona, 1990, p. 85.

ner, «un silencio doble, clamoroso y desesperado, por el recuerdo de la palabra»<sup>19</sup>. Y una advertencia: ¡Cuidado!, que el «lenguaje se venga de quienes lo mutilan»<sup>20</sup>. Como dice Derrida, hay que encontrar un lugar y un momento apropiado para la experiencia del silencio porque no decir evita la oportunidad a la dialéctica y nos puede convertir en «cómplice, testigo o aliado» de aquel o aquellos que hablando han dejado la «huella» de un acontecimiento, algo que «ha tenido lugar», entonces no hablar no atenúa nuestra responsabilidad<sup>21</sup>. Lo que pretendía ser una forma de denuncia, de resistencia puede percibirse como una forma de indiferencia y contribuir a reforzar lo que trataba de combatir<sup>22</sup>. En este sentido, Martin Luther King dijo que «cuando reflexionemos sobre el siglo xx, no nos parecerá lo más grave las fechorías de los malvados, sino el escandaloso silencio de las buenas personas». Creo que esta reflexión podría también servirnos para este siglo, José Luis Sampedro califica esta cita como estremecedora llevándole a exclamar que «¡hay que protestar, hay que definirse!»<sup>23</sup>.

## 2. PALABRAS Y SILENCIOS: CONTENIDOS Y LÍMITES DE LOS DERECHOS

### 2.1 Libertad de expresión y censura

La libertad de expresión, de hacer uso de la palabra o guardar silencio, es una de las grandes conquistas en el ámbito de los derechos humanos y un elemento fundamental en la creación, mantenimiento y desarrollo de los sistemas democráticos. Fundamental, por tanto, en el propio desarrollo e identidad personal, vinculado a la libertad de pensamiento, ideológica y religiosa, y también fundamental, en el ejercicio de nuestros derechos políticos, nuestra capacidad de autogobierno, siendo imprescindible en la formación de la opinión pública, la participación en las decisiones públicas y la consecución del pluralismo político como valor esencial del sistema democrático.

Frente a la libertad de hablar o de permanecer en silencio, la censura hace del silencio una imposición y representa una de las mayores amenazas a la libertad de expresión. El silencio que la censura impone no es un vacío sonoro. Silenciar a personas, espacios y temas requiere de muchas palabras, quizás de otras personas, quizás en otros espacios

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>21</sup> DERRIDA, J., «Cómo no hablar. Denegaciones», en *id.*, *Cómo no hablar y otros escritos*, trad. P. Peñalver, Proyectos A Ediciones, Barcelona, 1997, pp. 30-33.

<sup>22</sup> Cfr. BLOCK DE BEHAR, L., *Una retórica del silencio. Funciones del lector y procedimientos de la lectura literaria*, Siglo XXI, México D. F., 1984, pp. 12, 17-22.

<sup>23</sup> SAMPEDRO, J. L., con la colaboración de LUCAS, O., *Escribir es vivir*, Debolsillo, Barcelona, 2013, p. 257.

y sobre otros temas de interés. Junto al silenciado habrá un censor, tal vez un delator, pero también un disidente; una pugna por el control de la palabra y por los espacios de habla. Estos silencios impuestos no provienen sólo de unas exigencias jurídicas o actos de poder expresos, también de presiones difusas que llegan desde el ámbito de la ética, los usos sociales, convencionalismos políticos o intereses económicos y que abocan a todo un universo del silencio representado en los tabúes, los eufemismos, lo implícito, lo no expresado, lo que se da por descontado, lo que no interesa al mercado –ni siquiera al de las ideas–, el hablar para no decir<sup>24</sup>, lo políticamente incorrecto e, incluso, el ruido ensordecedor<sup>25</sup>, en la censura del propio silencio, a través de la imposición de la palabra que no se quiere decir, los silencios institucionalmente determinados o los determinados por el grupo social<sup>26</sup>. Esa suerte, dirá Cercas, de totalitarismo «soft», que tiene que ver con la «ilusión de unanimidad creada por el temor a expresar la disidencia»<sup>27</sup>.

Palabras y silencios colaboran en este contexto de ausencia de libertad hacia un proceso en que el olvido pueda relegar al más débil hacia situaciones de subordinación, a través de la aceptación acrítica de la palabra ya pronunciada y la ignorancia sobre lo no dicho. Frente al poder de la palabra, la «espiral del silencio», convenientemente guardada y reforzada por la censura<sup>28</sup>, sea expresa, o *soft*, sugiere un comportamiento humano de conformidad<sup>29</sup>. En esta espiral, los silencios nos roban las palabras y aniquilan la discrepancia. Sería conveniente recordar con Popper que «todo saber es conjetural y necesitamos de otros para el descubrimiento y corrección de errores –los

<sup>24</sup> «Oscurantistas», dirá Derrida, que recuerdan a los sofistas para quienes necesitaríamos un Platón para combatirlos; cfr. DERRIDA, J., «Cómo no hablar. Denegaciones», cit., p. 25. El mucho hablar, decía Heidegger, «no solo no logra revelar nada, sino que justamente puede encubrirlo, hacer que resulte todo inentendible, que acabe en palabrería», HEIDEGGER, M., *Prolegómenos para una historia del concepto de tiempo*, cit., p. 334.

<sup>25</sup> La sobresaturación de la información, es una nueva forma de censura, la creación de temas tabú o el control económico de la información o expresión por los medios de comunicación. Hoy la censura no se materializa en «la imagen de un señor de estrecha moral y amplias tijeras», GALLEGO ARCE, V., *Actividad informativa, conflictividad extrema y Derecho. Un análisis interdisciplinar de doble estructura jurídico-filosófica*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 123.

<sup>26</sup> El silencio, tanto si se impide como si se impone, la consecuencia es la disolución de su significado: «por saturación o por mordaza», LE BRETON, D., *El silencio: aproximaciones*, cit., p. 6.

<sup>27</sup> CERCAS, J., «Democracia y derecho a decidir», Diario *El País*, 15 de septiembre 2013.

<sup>28</sup> A la que ya aludía ROUSSEAU, J. J., *Contrato social*, trad. F. de los Ríos Urruti, Espasa-Calpe, Madrid, 1987, pp. 154-156.

<sup>29</sup> Cfr. NOELLE-NEUMANN, E., *La espiral del silencio. Opinión pública: nuestra piel social*, trad. J. Ruiz Calderón, Paidós, Barcelona, 1995, p. 203.

nuestros y los suyos—»<sup>30</sup>. Ser conscientes de ello puede ayudarnos a no caer en la tentación de ser censores<sup>31</sup>, aunque sepamos que un «bello lenguaje puede mentir», que el «lenguaje del opresor puede tener un hermoso sonido» y que no siempre el lenguaje pueda servirnos para depurar lo verdadero de lo falso<sup>32</sup>.

Consciente de los peligros de los silencios impuestos, ya sean provenientes de imposiciones legales, políticas o económicas, Steiner en *Los libros que nunca he escrito*, afirma de la censura que el beneficio impone a los medios de comunicación es tan destructiva como la del despotismo político, para acabar citando una antigua maldición: «que mi enemigo publique un libro», a lo cual él añade «que publique siete»<sup>33</sup>. Ahondando en tales peligros, Coetzee señala que la censura es como vivir en la intimidad con alguien que no te quiere, que insiste en imponerte su presencia, que te desaprueba y que su objetivo es que tú mismo seas capaz de prever lo que no se te va a consentir. A ese alguien, al censor, lo describe como un «parásito», un «invasor patógeno», que sueña con cómo establecer una rutina cotidiana de identificación y castigo del disidente hasta que la necesidad de guardar silencio se grabe en la ciudadanía y los individuos terminen vigilándose entre ellos y a sí mismos<sup>34</sup>.

En los últimos tiempos, la posibilidad de censurar determinados discursos o expresiones particularmente odiosos ha generado un intenso debate. Situarnos en defensa de la palabra, aunque sea odiosa, u optar por el silencio, por ser odiosa la palabra, permite adentrarnos en cuestiones ya clásicas y profundas en el ámbito de la filosofía del derecho y política, como por ejemplo la tensión entre la libertad negativa y libertad positiva<sup>35</sup>, la libertad y la igualdad<sup>36</sup>, la distinción y tensión entre lo moralmente reprochable y lo jurídicamente punible, o la incursión del derecho, y especialmente del derecho penal, en los sentimientos<sup>37</sup>.

<sup>30</sup> Cfr. POPPER, K., «El conocimiento de la ignorancia», *Polis*, núm. 1, 2001, p. 4 (<http://polis.revues.org/8267>).

<sup>31</sup> Cfr. PORTOLÉS LÁZARO, J., «Censura y pragmática lingüística», *Círculo de lingüística aplicada a la comunicación*, núm. 38, 2009, p. 79.

<sup>32</sup> RICH, A., *Sobre mentiras, secretos y silencios*, cit., pp. 14-15.

<sup>33</sup> STEINER, G., *Los libros que nunca he escrito*, trad. M. Córdor, Siruela, Madrid, 2008, pp. 222 y 237.

<sup>34</sup> Cfr. COETZEE, J. M., *Contra la censura. Ensayos sobre la pasión por silenciar*, trad. R. Martínez i Muntada, Debate, Barcelona, 2007, p. 26.

<sup>35</sup> El distinto tratamiento jurídico sobre el lenguaje del odio en relación a la libertad negativa y la libertad positiva, a propósito de la experiencia norteamericana y alemana es tratada por PÉREZ DE LA FUENTE, O., «Libertad de expresión y el caso del lenguaje del odio. Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 21, 2010, pp. 90-127.

<sup>36</sup> Cfr. FISS, O. M., «El efecto silenciador de la libertad de expresión», trad. D. Mena, *Isonomía*, núm. 4, abril 1996, pp. 17-27.

<sup>37</sup> Cfr. SAAVEDRA, M., «El lenguaje del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», *Persona y Derecho*, núm. 55, 2006, p. 571.

Las tradiciones norteamericana y europea concluyen en una forma muy diversa de afrontar los límites a la libertad de expresión y la imposición de silencios sobre determinados discursos. En Estados Unidos la libertad de expresión está enmarcada en una tradición que concibe a los derechos de los ciudadanos como derechos límite frente a la intervención de un Estado neutral, en una sociedad marcadamente individualista, frente a valores comunitarios, defensora de ultranza de la libertad individual, en el que la dignidad encuentra su principal referencia en la autonomía personal. Tales elementos constituyen las piezas claves de un sistema político de democracia no militante, que confía más en el individuo que en el Estado, tanto para protegerse a uno mismo, como para mantener vivo su sistema democrático.

La libertad de expresión es así reconocida como un derecho casi absoluto por la Primera Enmienda de su Constitución, convirtiéndose en una herramienta fundamental en el sostenimiento de su sistema político y de las relaciones entre sus ciudadanos, incluso para luchar contra la discriminación que la libre expresión pudiera ocasionar. En este sentido, como punto de partida, los daños que pueda producir el abuso de las palabras no son susceptibles de combatirse con la imposición de silencios, o con castigos institucionales, sino que se confía en la propia palabra para enmendarlos. La línea que no debe sobrepasarse, y que justificaría la intervención de los poderes públicos sobre la palabra, estaría determinada por la incitación directa a una acción que genere un peligro claro, grave e inminente.

La tradición europea es distinta, marcada por el trágico acontecimiento histórico del holocausto, en el que la gestión de la palabra ha podido verse vinculada a un poder arbitrario, desestabilizador del propio sistema democrático, generador de violencia, con desprecio de la igualdad y de la dignidad del ser humano. Frente a la perversa palabra de quien detentó el poder se contraponen el silencio de las víctimas y del resto de la sociedad, sin ninguna oportunidad para salvar la democracia y sus valores. Tal experiencia aboca a que en Europa no se confíe plenamente en la libertad de expresión como paradigma de la autoprotección del individuo y del propio sistema democrático y que el modelo de Estado, como Estado social, esté legitimado para intervenir en el marco de la protección y promoción de la libertad, la igualdad y la dignidad<sup>38</sup>. De hecho en nuestros ordenamientos jurídicos la liber-

---

<sup>38</sup> Muy significativa al respecto es la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que excluye de la protección del Convenio el discurso revisionista o negacionista del holocausto, aludiendo al interés público en la prevención del desorden, la protección de la reputación y derechos de terceros y la incompatibilidad con la democracia de la revisión de «hechos claramente establecidos» (ver entre otras, los casos *Remer v. Germany*, 1995, y *Garaudy v. France*, 2003). Decisiones que implican la imposición jurídica de una verdad histórica que se declara así incuestionable y, con ello, parece aceptarse que plantear dudas sobre determinados acontecimientos o interpretaciones históricas pueda comprometer seriamente al sistema democrático, al orden o a los derechos de terceros. Cfr. SOLAR CAYÓN, J. I., «En defensa de la

tad de expresión no aparece como absoluta sino enmarcada y limitada por aquellos otros valores y derechos que se tratan de proteger y promover. Un sentido protector que se coloca en el lugar del más débil, de las víctimas, de los grupos discriminados, apelando a las posibles consecuencias que para ellos y la propia convivencia social pueden tener las odiosas palabras que hieren<sup>39</sup>.

Esta concepción se traduce en la posibilidad de imposición de silencios con la finalidad de proteger otros derechos en una adecuada ponderación de los diversos derechos que se entrecrocán e interrogan, especialmente cuando están referidos a grupos vulnerables<sup>40</sup>. La debilidad, la privación de poder, la impotencia, la predisposición al silencio del grupo o persona a quien se dirige la palabra son condicionantes importantes en la valoración de la incidencia en los derechos afectados por la libre expresión. Los motivos que avalan su limitación son diversos. Por un lado, certificar que en un sistema democrático no deben permitirse aquellas manifestaciones que puedan afectar a la dignidad de aquellos grupos a quienes se dirigen y, por tanto, la libertad de expresión no debe amparar los atentados al honor en forma de injurias, calumnias o insultos. En segundo lugar, se debe garantizar la seguridad de las personas impidiendo aquellas palabras que resulten amenazantes o intimidatorias, constituyendo un peligro real para aquellas personas a quienes las palabras se dirigen o que puedan generar un clima de confrontación social que dificulte seriamente la convivencia<sup>41</sup>. En tercer lugar, garantizar la igualdad de oportunidades de habla en el discurso público. Las limitaciones a la libertad de expresión de algunos estarían así dirigidas a favorecer la de otros, lo cual

---

democracia: los discursos antidemocráticos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Serie V, LXXXIX, núm. 4, 2012, pp. 536-542.

<sup>39</sup> Cfr. ALCÁ CER GUIRAO, R., «Víctimas y disidentes. El discurso del odio en EE. UU. y Europa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 103, enero-abril 2015, pp. 64-82. Se ha considerado la libertad de expresión como un derecho y una necesidad que encuentra sus límites en la falsedad, los insultos, en infundir y difundir sentimientos de odio, y en las opiniones sediciosas, pero no centradas tanto en la opinión como en sus posibles consecuencias, cfr. ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 1994, pp. 217-218.

<sup>40</sup> Cfr. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. C. Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 135-145. También puede verse ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995, pp. 122-131, 136-140.

<sup>41</sup> Los límites a la libertad de expresión, en el ámbito nacional e internacional, desde la perspectiva del discurso del odio son extensamente abordados en la monografía de GASCÓN CUENCA, A., *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

permitiría aumentar las voces que se escuchan en pos del pluralismo y la igualdad, en definitiva, de una libertad de expresión más abierta<sup>42</sup>.

Las distintas tradiciones norteamericana y europea dan idea de la importancia de analizar los diferentes contextos en que la palabra se emite u omite. A tal efecto, las nuevas tecnologías de la comunicación en las sociedades actuales, constituyen una extraordinaria plataforma para la libertad de expresión, un altavoz para todos los mensajes e ideas, tanto para los que se puedan considerar útiles, buenos o apropiados como para los inútiles, malos e inapropiados<sup>43</sup>. Pero la difusión que pueden alcanzar estos últimos mensajes en el nuevo contexto no debe ni puede ser el único elemento a valorar para limitarlos. No necesariamente hay una correspondencia entre la difusión y la capacidad real de producir las circunstancias para limitar la libertad de expresión, es decir, generar violencia, desigualdad, humillación o atentar contra los derechos de los individuos y grupos.

La palabra pronunciada, aún odiosa, ni necesariamente ha de considerarse absolutamente perversa, ni necesariamente ha de ir seguida de acción<sup>44</sup>, ni ha de verse abocada imperiosamente a una aceptación acrítica, cabe la posibilidad también de palabra contraria. Precisamente, conocer su existencia permite rebatirla con más palabra, no se debe desdeñar que la palabra puede ser curativa, puede tener un poder liberador, permitir dar visibilidad a experiencias en otro caso ocultas y desbloquear conciencias. Desde luego que hay palabras destructoras, serviles, vengativas, crueles, pero la abominable historia de los silencios impuestos o autoimpuestos no ha sido siempre el mejor ejemplo de luchar contra aquellas palabras<sup>45</sup>. Menos aún cuando se dirigen contra la estética del lenguaje más que contra la ética. Contra aquellas palabras que certifican los aspectos más visibles y audibles de lo «odioso», pero no pueden hacer nada contra los pensamientos que expresan. De ahí que no siempre lo más eficaz frente a ciertos discursos sea su prohibición<sup>46</sup>. La imposición del silencio no termina nece-

---

<sup>42</sup> Cfr. FISS, O. M., «El efecto silenciador de la libertad de expresión», cit., pp. 22-23.

<sup>43</sup> BOBBIO ya señalaba que no hacía falta mucha imaginación para prever que el desarrollo de la técnica y la intensificación de los medios de comunicación producirían cambios en la vida humana y las relaciones sociales como para crear nuevas necesidades y demandas de libertades y poderes, cfr. BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, trad. R. de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991, p. 71. Sobre cómo afectan las nuevas tecnologías a la libertad de expresión y a otros derechos, cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., *La tercera generación de derechos humanos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 87-122.

<sup>44</sup> Cfr. AUSTIN, J. L., *Cómo hacer cosas con palabras* (1955), edición electrónica de [www.philosophia.cl/Escuela de Filosofía Universidad Arcis](http://www.philosophia.cl/Escuela de Filosofía Universidad Arcis).

<sup>45</sup> Cfr. COETZEE, J. M., *Contra la censura. Ensayos sobre la pasión por silenciar*, cit., p. 23.

<sup>46</sup> En ocasiones, permitir expresar el mensaje de odio puede contribuir más a desacreditarlo que su prohibición. Así lo manifiesta Rosenfeld a propósito del caso Skokie en el que se pretendió impedir una marcha nazi por una calle habitada por

sariamente con los pensamientos que sustentan las palabras que nos hieren y tampoco dulcificar o evitar determinadas expresiones impiden los efectos perniciosos de las palabras. Dworkin pone de manifiesto que deben encontrarse medios para combatir el racismo o el sexismo menos peligrosos para la propia libertad que su represión, amparadas también en la libertad<sup>47</sup>. En cualquier caso, no parece que se deban centrar los esfuerzos más en silenciar que en promocionar la palabra, en aumentar la presencia significativa de ciertas palabras para establecer un equilibrio en el espacio público. ¡Qué difícil ante determinadas palabras no caer en la tentación de ser censores! cuando somos concededores, como se ha dicho, de que el mercado de las ideas no sirva necesariamente para depurar lo verdadero de lo falso. Así que cuidado con la protección limitando derechos, no vayamos a presumir que sólo dar a conocer que el mal existe –que hay quienes no consideran dignas a determinadas personas, que hay inseguridad o desigualdad– es equivalente a sufrirlo o que es mejor desconocerlo, callando voces, que conocerlo y rebatirlo, con más palabra. Y cuidado también cuando detrás de aquellas limitaciones más que un grupo vulnerable hay un grupo en posición dominante intentando realizar el sueño de todo censor, que acabemos todos censurando a los demás y censurándonos a nosotros mismos hasta asumir un discurso único<sup>48</sup>. Y es que el castigo, cuando se produce –también prohibiendo la palabra–, podrá evitar ciertas violencias, pero más tardará, si lo consigue, en transformar conciencias. La violencia puede ser ruidosa, pero también silenciosa y lo que no es efectivo es el silencio contra la violencia, como mucho un minuto de respetuoso silencio.

Es interesante ver las posiciones de dos mujeres feministas analizando, desde distintas perspectivas, cómo afrontar la pornografía como un ejemplo del lenguaje del odio: Mackinnon<sup>49</sup> y Butler<sup>50</sup>.

---

supervivientes judíos de los campos de concentración. Cfr. ROSENFELD, M., «Hate speech in Constitutional jurisprudence: A comparative analysis», *Cardozo Law School, Working Paper*, núm. 41, 2003, p. 24.

<sup>47</sup> Cfr. DWORKIN, R., *Freedom's Law*, Harvard University Press, 1996, p. 260.

<sup>48</sup> Cfr. COETZEE, J. M., *Contra la censura...*, cit., p. 39. El control en internet tiene mucho que ver con esto, un gran Panóptico que si bien es una inmensa plataforma a la libertad de expresión también lo es de propaganda, vigilancia y control no, precisamente, en favor de los más vulnerables, cfr. MOROZOV, E., *El desengaño de internet. Los mitos de la libertad en la red*, trad. E. G. Murillo, Destino, Barcelona, 2012, p. 196.

<sup>49</sup> Cfr. MACKINNON, C. A., *Only Words*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1996.

<sup>50</sup> Cfr. BUTLER, J., *Lenguaje, poder e identidad*, trad. J. Sáez y B. Preciado, Síntesis, Madrid, 2004. Sobre las posiciones de ambas autoras, puede verse en AZLOVAGH DE LA ROSA, A., «De la censura a la ética de la imagen pornográfica», *Libro de Actas del I Congreso Internacional de Comunicación y Género*, Facultad de Comunicación, Universidad de Sevilla, 2012, pp. 1932-1942 (<https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/38710>).

Para Mackinnon la pornografía es una especie de lenguaje visual del odio que produce aquello que representa. Quien habla construye eficazmente lo que nombra. La relación entre la imagen y el daño es directa, unilateral y eficaz, decir es, en este caso, hacer. Para Butler, por el contrario, tal relación de continuidad no se da unívocamente, ni en sus significados ni en sus efectos. Butler señala que decidir qué lenguajes forman parte de lo que se puede o no se puede decir, qué lenguaje es protegido y cuál penalizado, intensificar el discurso sobre la indisolubilidad de la palabra y acción, restringir el habla, determinar qué palabra es libre y cuál censurable, juzgar o condenar el lenguaje es muchas veces reproducir ese mismo lenguaje, la ocasión para producir nuevos actos de habla que hieren. ¡Cuidado! que el lenguaje puede vengarse de quienes pretenden mutilarlo.

Reabrir heridas, nunca cerradas, reproduciendo palabras a las que se atribuyen un significado unívoco, aunque sea con el objetivo de silenciarlas. ¡Demasiado ruido!, otro de los perversos efectos de las palabras que silencian. Por otro lado, Butler pone también de manifiesto que es muy problemático poder atribuir a un sujeto único el origen y la causa de la ofensa que dirige el lenguaje del odio. La ofensa se produce no por un acto aislado de un sujeto sino por la reiteración de palabras y acciones acumuladas a lo largo de la historia. Contando con este iter histórico, la contraofensiva o la resistencia estratégica, la desviación o desmovilización son otras posibles alternativas más eficaces para romper los efectos perversos de las palabras que la prohibición.

En ambos casos, la palabra y el silencio resultan elementos centrales de sus posiciones. Para Mackinnon la pornografía subordina a las mujeres y, como consecuencia, las silencia. En tales circunstancias, silenciar la pornografía evitaría el efecto silenciador sobre las mujeres. Para Butler, por el contrario, aquel silencio no solo no es capaz de restablecer un equilibrio entre hombres y mujeres, por otro lado inexistente, sino que aumenta el poder de intervención del Estado; puede ratificar la subordinación y extenderla a otros grupos, en el caso concreto a través de la extensión del efecto silenciador a toda representación gráfica de la sexualidad afectando a otros colectivos; además de evitar la oportunidad de poder abrir un contradiscurso con capacidad de hacer fracasar aquel que pretende la subordinación. En este sentido la crítica feminista permite incorporar nuevas voces, más palabras, ver, oír, leer más allá de los condicionantes tradicionales de la pornografía, cuestionarlos e invertirlos. Porque donde hay dominación y violencia también puede haber resistencia, posibilidad de pensar lo que antes no había sido pensado, decir lo que antes no se había dicho y ofrecer nuevas posibilidades a la libertad de las mujeres y de otros colectivos<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> BUTLER, J., *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, trad. M. A. Muñoz, Paidós, Barcelona, 2007, pp. 282-288.

En otras palabras, la promoción de la libertad, la dignidad o la igualdad no se consiguen solo, y puede que ni siquiera se consiga nunca, silenciando a quienes la discuten, la tensionen e incluso atenten contra ella. Uno de los problemas a evitar es que solo se escuche un mensaje, que se pretenda y pueda conseguirse silenciar otros mensajes. Parafraseando a Kafka en *El silencio de las sirenas*, hay algo más terrible que su canto: su silencio, porque es quizá imaginable la posibilidad de que alguien se haya salvado de su canto, pero no de su silencio<sup>52</sup>. De hecho Bourdieu pone de manifiesto que algunas prácticas son poderosas y difíciles de combatir y revocar no porque han hablado, sino precisamente por no haberlo hecho, por ser «silenciosas e insidiosas, insistentes e insinuantes»<sup>53</sup>.

Si el Estado social tiene como función proteger y promover las condiciones que garanticen los derechos de los ciudadanos, los poderes públicos deben asegurar que todas las voces estén presentes en el debate público, no solo para garantizar la libertad de expresión del que habla sino para formar la opinión de quien escucha. Para ello deberá garantizarse la seguridad de las personas que puedan resultar amenazadas con determinados discursos, proteger el honor y la dignidad de sus destinatarios y, desde luego, controlar los espacios en que se emitan los mensajes para proteger al oyente<sup>54</sup> —especialmente a los menores—, pero también y, sobre todo, dar la palabra alternativa a «los ofendidos» y en general a los «disidentes» de aquel discurso e, incluso, a los «subversivos» de las significaciones convencionales de la palabra dada.

Esto no significa que no haya que ser conscientes y valorar que, en un contexto de palabras, los silencios pueden ser muy elocuentes y que no debemos dejar de preguntarnos cuándo y por qué hablar y cuándo y por qué callar.

## 2.2 Derecho a la memoria y derecho al olvido

Simmel decía que todas las relaciones sociales descansan en lo que sabemos y no sabemos unos de otros, en lo que se revela, y puede saberse, y lo que se oculta, el secreto en que no debe penetrarse<sup>55</sup>. Efectivamente establecer una relación entre personas requiere dar a conocer algunos fragmentos de nuestra vida, determinando la intensi-

---

<sup>52</sup> Cfr. KAFKA, F., «El silencio de las sirenas», trad. A. Ruiz Guiñazú, en *id.*, *La muralla china. Cuentos, relatos y otros escritos*, Alianza, Madrid, 1987, pp. 81-82.

<sup>53</sup> BOURDIEU, P., *¿Qué significa hablar?. Economía de los intercambios lingüísticos*, trad. E. Martínez Pérez, Akal, Madrid, 2008, p. 31.

<sup>54</sup> En sintonía con la consideración de los derechos fundamentales como leyes del más débil, cfr. FERRAJOLI, L., *Democracia y garantismo*, trad. M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2010, p. 51.

<sup>55</sup> Cfr. SIMMEL, G., *Sociología, 1. Estudios sobre las formas de socialización*, Alianza, Madrid, 1986, p. 369.

dad y los matices de aquello que se revela, o lo que no se revela, el grado y tipo de relación que nos une. Las relaciones jurídicas en consecuencia toman como referencia aquello que puede o debe comunicarse, lo que puede o debe decirse, y lo que no puede ni debe comunicarse, sobre lo que se puede o debe guardar silencio, lo que sabe uno y no sabe el otro. También señala Simmel que parte de la evolución histórica de la sociedad se manifiesta en las transformaciones de aquello que en determinados momentos puede hacerse público y en otros entra en la esfera protectora del secreto o, inversamente, que debían ser secretas y cambian su consideración para hacerse manifiestas<sup>56</sup>.

Efectivamente, en el ámbito público, en lo que se refiere a la gestión de las palabras y los silencios, la democracia exige cada vez de una mayor transparencia, de publicidad, del desvelamiento de secretos, de la desaparición de los espacios de impunidad e inmunidad, en definitiva, del deber de hablar y de comunicar de los poderes públicos y del derecho a conocer de los ciudadanos. En este ámbito los silencios son sospechosos de engaño, de perjuicio a los intereses generales y a la democracia misma.

Sin embargo, en el ámbito privado la protección de la intimidad, el honor y la propia imagen están destinados a mantener los secretos de la persona, a garantizar el carácter privado de cuestiones personales de las que no se debe hablar y que los demás no deben saber, de aquello que ha de permanecer reservado y oculto, que no es lícito comunicar a los demás y que se manifiesta como un deber de silencio y como un derecho al silencio.

La evolución histórica a la que Simmel hacía referencia sobre lo que debe o puede decirse, haciéndose público, y lo que puede o debe silenciarse, permaneciendo en privado, tiene su reflejo en la gestión de las palabras y los silencios basada en los acuerdos sobre el recuerdo, contando con las interacciones entre la memoria individual, la memoria colectiva y la memoria digital. La apertura de espacios para decir, cuándo o dónde antes no se decía, o el cierre de espacios, en los que permanecer en silencio, permiten actualmente tratar de los nuevos derechos al recuerdo y al olvido. La formulación de estos nuevos derechos busca apoyo en otros derechos y valores fundamentales ya reconocidos, como la dignidad, el derecho a la identidad, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho al honor o el derecho a la intimidad<sup>57</sup>. Se argumenta que para el disfrute pleno de estos derechos la persona necesita, a veces, recordar y, otras veces, olvidar un pasado que se proyecta hacia el futuro, condicionando el propio desarrollo personal. La construcción del futuro necesitaría, en ocasiones, desen-

---

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 379.

<sup>57</sup> El lenguaje de los derechos es relacional y formal y permite construir instituciones y mecanismos con el objetivo de garantizar su eficacia, cfr. CRUZ PARCERO, J. A., *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007, p. 172.

errar el pasado, en otras ocasiones enterrarlo, unas veces conocer y otras desconocer. Aunque ni el recuerdo ni el olvido pueden imponerse, sí se puede facilitar o dificultar la difusión de ciertos acontecimientos o datos para hacerlos presentes o ausentes en la formación de la memoria colectiva y desde ahí hacer más o menos posible el recuerdo o el olvido. Las leyes de memoria histórica o las normas sobre protección de datos, con sus derecho de oposición, rectificación y cancelación de datos personales, tratan precisamente de arbitrar mecanismos que faciliten o dificulten el conocimiento, según su objetivo sea recordar u olvidar.

Con la finalidad de recordar, la Ley de Memoria Histórica en España, pretende poner fin a los «silencios calculados» y «olvidos interesados»<sup>58</sup> derivados del pacto de silencio que se estableció en la transición y que acarreó el olvido institucional de las víctimas del régimen franquista, instituyendo un derecho individual a la memoria histórica. Se parte de memorias que se mantienen en privado, clandestinas e inaudibles, que reivindican pasar de lo no dicho a la contestación, la ocasión para invadir el espacio público con lo que antes se mantenía en privado<sup>59</sup>. Preservar la memoria frente los silencios y la elocuencia de otros como una forma de rebelión frente a una realidad de la que se había pretendido prescindir<sup>60</sup>. Una memoria individual que proyectada en el ámbito público pretende luchar contra la amnesia colectiva y que inaugura un derecho, por un lado, a construir, sobre la memoria individual de la propia biografía personal, la identidad, el honor y la dignidad. Un derecho también a transmitir memoria, a reconstruir la memoria colectiva que necesariamente interactúa con la individual y que se proyecta en derechos de reparación y derecho a saber<sup>61</sup>.

Pero si la recuperación de la memoria histórica trata de evitar la amnesia colectiva, como factor que puede contribuir a la identidad y

<sup>58</sup> MARTÍN PALLÍN J. A., y ESCUDERO ALDAY, R., «Introducción», en *id.* (Eds.), *Derecho y memoria histórica*, Trotta, Madrid, 2008, p. 18.

<sup>59</sup> Cfr. POLLAK, M., *Memoria, olvido, silencio. La producción social de identidades frente a situaciones límites*, trad. Ch. Gebauer, R. Oliveira y M. Tello, Al Margen, La Plata, Buenos Aires, 2006, pp. 17-36.

<sup>60</sup> Como bien ha sido reflejado respecto de la memoria femenina, olvidada en el ámbito público, y cuya visibilidad y publicidad ha permitido reconstruir ciertos pasajes de la historia «atesorada en el interior de su espíritu», la memoria de lo que quizás no vivió, no tocó, pero si heredó, inducida a «ejercer en el pasado el oficio de mirona, y a cultivar, en medio de tantas afrentas, una rebelión que consistía simplemente en hacer aflorar cada día su memoria recalcitrante, relegada una y otra vez por la memoria elocuente y arbitraria del hombre», PIÑÓN, N., «El presumible corazón de América» (Discurso para la recepción del Premio Juan Rulfo 1995), en *id.*, *El calor de las cosas y otros cuentos*, trad. D. Medina, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2005, pp. 15-16.

<sup>61</sup> Cfr. SAUCA CANO, J. M., «El derecho ciudadano a la memoria histórica: concepto y contenido», en Martín Pallín, J. A y Escudero Alday, R., (Eds.), *Derecho y memoria histórica*, cit., pp. 83-87.

desarrollo personal, en otras ocasiones con los mismos objetivos lo que se pretenderá es combatir la hipermemoria, es decir, el exceso de recuerdo sobre los acontecimientos pasados y que pueden suponer también una traba para una eficaz satisfacción de los derechos fundamentales. La memoria individual y la memoria colectiva aparecen en estos casos influenciadas por la intervención de la memoria digital. Una memoria que trasciende los límites de la memoria humana. La acumulación de información privada en bases de datos, la exposición pública en redes sociales y la difusión rápida y descontrolada de la vida e imagen de las personas nos hace cada vez más transparentes, vulnerables e indefensos. Las nuevas tecnologías nos convierten en sujetos transparentes en una «expropiación sin precedentes de la privacidad»<sup>62</sup>. La información digital tiene la capacidad de ser difundida universalmente y permanecer indefinidamente almacenada, publicada y compartida, evitando así que nos olvidemos de un pasado que puede ser permanentemente recordado y conocido en cualquier momento y en cualquier lugar. Ahora bien, mientras la técnica nos permite devorar secretos e intimidades, la ética y el derecho tienen el reto de superar la tradicional protección de la intimidad ligada al derecho de confidencialidad acompañado del deber de sigilo o secreto profesional<sup>63</sup>.

Pero en este contexto, la gran cuestión para el profesional no será tanto su deber de secreto sino cómo tiene protegidas sus bases de datos, con el objetivo de que esos datos no puedan difundirse, garantizando el derecho a la intimidad y la autodeterminación informativa de las personas con sus derechos de acceso, oposición, rectificación y cancelación de datos personales. Más allá de esto se va perfilando un derecho al olvido digital que permita establecer silencios sobre hechos o datos del pasado que puedan afectar gravemente –como consecuencia de una memoria digital que no olvida, su posible difusión global y el recuerdo permanente–, a la dignidad, el honor, la imagen y el libre desarrollo de la personalidad<sup>64</sup>. Como en la memoria histórica, se per-

---

<sup>62</sup> SANCHO LÓPEZ, M., «Nuevas amenazas para la protección de datos en el contexto del Big Data», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 43, 2017, p. 5.

<sup>63</sup> Cfr. SÁNCHEZ CARAZO, C., *La intimidad y el secreto médico*, Díaz de Santos, Madrid, 2000, pp. XVII-XXI, 71-72.

<sup>64</sup> Un derecho al olvido recogido expresamente en el Considerando 65 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril del 2016, *relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*. Derecho al que ya se había aproximado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación al deber de borrar información que sea irrelevante y pueda perjudicar derechos del interesado, en los motores de búsqueda, en el asunto *C-131/12, Google Spain, S. L., v. AEPD y Mario Costeja González*, STJUE de 13 de mayo de 2014 y que ha tenido su eco en nuestro Tribunal Supremo en la Sentencia de 5 de abril de 2016 (recurso 3269/2014, Fundamento Jurídico 13). Cfr. MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M., «Nuevos perfiles del derecho al olvido en Europa y en España», *Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá*,

fila una interactuación entre la memoria individual y colectiva, aquí se produce entre el olvido colectivo y el individual, en ambos casos la gestión de los recuerdos y el olvido serán relevantes para una mejor protección de derechos.

Gestión de recuerdos y olvidos; de palabras y silencios; relación entre memoria individual y colectiva o entre olvido colectivo e individual; derecho a saber, a no saber, a que no se sepa, en todos los casos nuevas vías de la garantía de algunos derechos básicos del ciudadano que revelan la importancia del papel del derecho como instancia administradora y mediadora del conocimiento y de la ignorancia, que no agotará su virtualidad en el derecho a la memoria histórica y en el derecho al olvido digital<sup>65</sup>.

### 2.3 El derecho fundamental al silencio y sus deberes correlativos

El derecho al silencio como derecho fundamental aparece expresado en el proceso judicial como el derecho a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia. Un derecho que constituye un pilar fundamental de un sistema jurídico-penal garantista, en el que el sospechoso ha de ser considerado como una parte del proceso y en el que el deber de probar recae en la parte que acusa.

Un eficaz derecho de defensa impide que a un acusado pueda exigírsele un deber jurídico de colaborar en el descubrimiento de los hechos o que la meta del proceso pueda ser conseguir un reo confeso, siendo utilizado el reo como un medio de prueba en sí mismo. Tal sistema jurídico penal, propio de otros tiempos, permitió la tortura, actualmente expresamente prohibida en nuestros sistemas constitucionales, con el objetivo precisamente de conseguir una confesión. Frente a un reo con el deber jurídico de hablar, un sistema jurídico garante de los derechos fundamentales cuenta entre ellos con el derecho del

---

núm. X, 2017, pp. 231-266. Puede verse también GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., «Nuevas tecnologías, derecho a la intimidad y protección de datos personales», en ANSUÁTEGUI, F. J., RODRÍGUEZ, M., PECES-BARBA G., y FERNÁNDEZ, E., *Historia de los Derechos Fundamentales*, Vol. 4 (siglo XX), Tomo 6 (*El Derecho positivo de los derechos humanos*), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 877-942.

<sup>65</sup> El derecho a conocer los orígenes biológicos, el carácter anónimo de las donaciones de gametos, el parto anónimo o el derecho a no saber los datos genéticos, son otras manifestaciones de esa administración del derecho del conocimiento y la ignorancia, gestionando la palabra y el silencio. Cfr. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. O., «Los orígenes biológicos y los derechos de hijos e hijas: filiación y derecho a saber», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, diciembre 2016, pp. 294-315. Ver también SOLAR CAYÓN, J. I., «Información genética y derecho a no saber», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, Tomo XXX, 2014, pp. 391-412. Una «cascada de derechos» que continúa no exenta de polémica sobre cómo debería fluir, cfr. HUNT, L., *La invención de los derechos humanos*, trad. J. Beltrán Ferrer, Tusquets, Barcelona, 2009, p. 219.

acusado a permanecer en silencio. Un silencio que tratándose de un derecho de defensa, tiene atribuido un sentido concreto: quien no declara no dice nada y, por tanto, no será posible extraer ninguna conclusión de ese silencio. Como derecho fundamental, de él no se podrá derivar ningún perjuicio para el acusado, no podrá extraerse para él ninguna consecuencia desfavorable o valorarse negativamente en las decisiones de los tribunales<sup>66</sup>. Tampoco el silencio del sospechoso podrá servir como una coartada para mitigar la carga de la prueba de quien sostiene o pretende sostener una acusación. Ahora bien, el derecho al silencio del sospechoso, del que debe ser informado, está acompañado del deber de hablar de quienes pretendan sostener la acusación<sup>67</sup>.

Siendo esta la manifestación más importante de un derecho fundamental al silencio que establece un deber de hablar a la otra parte en un procedimiento judicial, la valoración positiva del silencio<sup>68</sup> se abre paso como derecho fundamental en otros ámbitos jurídicos, reforzándose con deberes correlativos, no ya de hablar, sino de permanecer en silencio. Para el titular del derecho, no se trataría ya del derecho a guardar silencio sino del derecho a que determinados aspectos de la vida se puedan desarrollar en espacios de silencio. Un derecho a estar tranquilo, a no oír, a que el ruido esté controlado y a exigir de los poderes públicos que controlen el ruido perturbador de aquella tranquilidad en determinados ámbitos de la privacidad. El encaje inicial de esta vertiente del derecho al silencio se encontró en el derecho al medio ambiente y en el derecho a la salud. Sobre la base de que el ruido puede perjudicar a la salud se vio necesaria la protección frente a la contaminación acústica. Vinculados a estos derechos la Unión Europea aprobó la Directiva 2002/49/CE, de 25 de junio, sobre el Ruido Ambiental y España cuenta con una Ley específica sobre el ruido, la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, proliferando normativas más específicas sobre prevención de riesgos laborales, relaciones de vecindad, características de las edificaciones, exigencias de urbanismo, regulación de horarios y condiciones de insonorización de lugares de ocio, con el objetivo de aminorar los ruidos.

---

<sup>66</sup> Pueden verse entre otras muchas Sentencias: STC 202/2000, 24 de julio; STC 155/2002, 12 de julio; STS 31 octubre 2015; TEDH *Murray v. Reino Unido*.

<sup>67</sup> Cfr. VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 218. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «El derecho a guardar silencio y a no incriminarse», en Gutiérrez-Alviz Conradi, F., López López, E. (Coords.), *Derechos procesales fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 587-626.

<sup>68</sup> En los últimos años se han publicado varias obras que reivindican el silencio como el mejor contexto para conocerse a sí mismo y a los demás e, incluso, como una experiencia curativa. Entre otras, D'ORS, P., *Biografía del silencio. Breve ensayo sobre meditación*, Siruela, Madrid, 2016; KAGGE, E., *El silencio en la era del ruido. El placer de evadirse del mundo*, trad. C. Montes Cano, Taurus, Madrid, 2017; HARRIS, M., *Solitud. Hacia una vida con sentido en un mundo frenético*, trad. F. Borrajo, Paidós, Barcelona, 2018.

Pero estas perspectivas se han mostrado insuficientes en una sociedad que demanda más silencio, en un mundo ruidoso, al que le parece poco la ubicación del silencio entre los principios rectores de política social. La protección del silencio busca un lugar entre los derechos fundamentales, permitiendo la inauguración, e incluso la consolidación, de una innovadora línea jurisprudencial en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que acoge una protección indirecta frente al ruido en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el derecho a la vida privada y familiar, la inviolabilidad del domicilio y la integridad física y moral<sup>69</sup>. El domicilio no solo resultará protegido frente a intromisiones de índole material o corporal, sino también frente a las agresiones inmateriales e incorpóreas, como es el ruido, y no solo frente a las agresiones arbitrarias y directas de los poderes públicos, sino también frente a su inactividad al no adoptar las medidas necesarias y adecuadas para proteger a los ciudadanos frente aquellos ruidos. El domicilio protegido como derecho no es solo, por tanto, un espacio físico, sino un espacio cualificado por ser adecuado para el desenvolvimiento de una parte de la vida con la tranquilidad necesaria para poder desarrollar nuestra propia personalidad en la intimidad del hogar, sin perturbaciones que provengan del exterior que lo dificulten<sup>70</sup>. Nuestro Tribunal Constitucional ha dado también cobertura a un derecho al silencio frente al ruido ambiental, apelando al derecho a la integridad física y moral, que más allá de su relación con la salud tiene que ver con aquellos tratos a la persona que puedan menoscabar su integridad física y moral; ha producido algún cambio significativo en el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de domicilio, acogiendo o dando entidad al derecho a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario; y ha vinculado el derecho al silencio, o a la protección frente al ruido, con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, estableciendo obligaciones positivas para los poderes públicos con la finalidad de evitar o aminorar los ruidos y garantizar el silencio, frente a la configuración tradicional de estos derechos como de no intervención<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> Se acoge así al intento de reconstrucción de los derechos partiendo de su interdependencia e indivisibilidad. Al respecto puede verse: ABRAMOVICH, V., y COURTIS, CH., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 200-234; PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p. 111.

<sup>70</sup> STEDH *Moreno Gómez c. España*, 16 de noviembre de 2004; Martínez Martínez c. España, de 18 de octubre de 2011. Cfr. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *Daños medioambientales y derecho al silencio*, Reus, Madrid, 2015, pp. 110-143.

<sup>71</sup> Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional 119/2001, 16/2004 y 150/2011 y su valoración crítica por MATÍA PORTILLA, F. J., «¿Hay un derecho fundamental al silencio?. Sobre los límites del artículo 10.2 CE», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 94, enero-abril 2012, pp. 370-372. Sobre las concordancias y discordancias en esta materia entre el TC y el TEDH, ver GARCÍA GESTOSO, N., «Contaminación acústica y derechos fundamentales. Protección y discrepancias en su tutela», *Foro, Nueva época*, Vol. 15, núm. 1, 2012, pp. 109-134.

### 3. CALLAR ES DECIR: LOS SILENCIOS CON-SENTIDOS

Se han analizado algunos derechos desde la perspectiva de la palabra y el silencio, pero existen otras relaciones jurídicas que se forjan partiendo de lo que se dice y de lo que no se dice, lo que sabemos y no sabemos unos de otros. De esas palabras y silencios dependen, en parte, elementos tan importantes para la constitución o extinción de relaciones jurídicas, como la confianza, la seguridad o la buena fe o sus reversos, la desconfianza, la inseguridad o la mala fe.

En el ámbito del derecho privado, la mayor certeza de la palabra frente al silencio, unida a la seguridad como exigencia jurídica conlleva la prioridad de las declaraciones de voluntad expresas como fuente de creación de relaciones jurídicas. Por la misma razón, y como regla general, el silencio no es fuente de obligaciones. Pero la misma seguridad jurídica, apoyada en la confianza y la buena fe que presiden el tráfico jurídico, llevaron a Savigny a explorar las situaciones en que el silencio tenía eficacia jurídica en el Derecho Romano. De ello concluyó que el silencio equivale a una declaración de voluntad en aquellos casos en que a quien calla se le supone una obligación de contestar. Dicha obligación de dar respuesta podrá inferirse de previas relaciones negociales entre las partes, de las prácticas del lugar o cuando el silencio pudiera dar lugar a malentendidos, circunstancias que podrían ser ampliadas a la buena fe del oferente o cuando la importancia de las relaciones jurídicas lo exige. El silencio entonces equivaldría a una manifestación del consentimiento por efecto de la ley, la costumbre o los usos<sup>72</sup>.

La consideración jurídica del silencio como una manifestación del consentimiento a efectos de constituir una obligación jurídica se produce también en el ámbito de las relaciones entre los Estados. La figura de la aquiescencia internacional da cuenta de ello. A través de la misma se puede entender en el silencio de un Estado un reconocimiento tácito de la pretensión de otro Estado, que interpretó aquel silencio como un consentimiento. Ahora bien, como para los particulares, no cualquier silencio constituye fuente de obligación para los Estados sino un silencio que se produce en determinadas circunstancias. Para que la ausencia de pronunciamiento o actuación de un Estado sea tenido por consentimiento es preciso que su actitud silente se produzca pese a haber tenido la posibilidad de conocer las actuaciones del otro Estado, el cual estaba en situación de confiar en la negativa a sus pretensiones, el transcurso de cierto tiempo –como criterio evaluador de las posibilidades de que el Estado rompa el silencio– las ocasio-

---

<sup>72</sup> Cfr. SAVIGNY, F. C. von, *Sistema de Derecho Romano actual*, trad. Ch. Guenoux, J. Mesía y M. Poley, Góngora, Madrid, 1878-1879, & CXXXI-III.

nes y medios para protestar frente a las pretensiones de otro Estado y la importancia del asunto tratado<sup>73</sup>.

Pero los efectos jurídicos atribuidos al silencio no están dirigidos solo a crear relaciones jurídicas también tienen el propósito de poder dar continuidad a relaciones preexistentes. Es el caso, por ejemplo, de los efectos del silencio del fallecido acerca de la disposición de sus bienes y la consiguiente regulación de la sucesión intestada. Ante este silencio, el derecho presume cuál hubiera sido la voluntad del fallecido si hubiera testado, según un orden lógico de afectos. La finalidad de esta regulación es que con la muerte de la persona no mueran las relaciones jurídicas por ella establecidas, que sus créditos, sus débitos y sus bienes tengan continuidad en sus herederos.

Si el silencio puede dar lugar a la creación y continuidad de relaciones jurídicas, también puede producir su extinción, siendo interpretado como un desistimiento o una causa de nulidad. La prescripción extintiva, la nulidad en la compraventa como consecuencia de ocultar vicios de la cosa comprada o la nulidad matrimonial por desconocimiento de algún aspecto esencial de los contrayentes son ejemplos de efectos extintivos del silencio.

En el derecho público, la preocupación del derecho por el silencio se pone de manifiesto en la creación de una institución jurídica propia en las relaciones entre la administración pública y los ciudadanos: el silencio administrativo. En este caso, el efecto jurídico del silencio es una consecuencia de la obligación legal de la administración pública de resolver expresamente dentro del plazo legal establecido y permitir, por un lado, el control jurisdiccional de todas sus actuaciones, entendiendo como tal también su inactividad, y de proteger los intereses de los ciudadanos. Ya el silencio negativo o desestimatorio de las pretensiones del ciudadano, como remedio a la falta de resolución expresa, cumplía con los objetivos de evitar espacios de inmunidad para la Administración y garantizar la tutela judicial efectiva de los ciudadanos, evitando además una excesiva prolongación de las situaciones de pendencia de los asuntos administrativos. El silencio positivo, entendido como acto favorable o declarativo de derechos del administrado, da un paso más, elevando su protagonismo, incluso el «desbordamiento» de aquel radio de acción lógica, al saldar cuentas con una estigmatizada administración de cuyo cumplimiento de deberes se desconfiaba<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> Cfr. MARTÍNEZ PUÑAL, A., *Actos unilaterales, promesa, silencio y nomogénesis en el Derecho Internacional*, Andavira, Santiago de Compostela, 2013, <https://antoniomartinezpunal.files.wordpress.com/2014/08/actos-unilaterales.pdf>. Ver también BONDÍA GARCÍA, D., *Régimen jurídico de los actos unilaterales de los Estados*, Bosch, Barcelona, 2004, y KOLB, R., *La bonne foi en Droit international Publique. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Presses Universitaires de France, París, 2000, pp. 345-347.

<sup>74</sup> El administrado tiene derecho a una resolución, conforme a derecho y a los intereses generales, en el plazo legalmente previsto, no un derecho irrefutable a una

En todos estos supuesto se produce una reacción del derecho atribuyendo efectos jurídicos al silencio de quien tenía un deber de hablar, de hacer una declaración de voluntad, consintiendo o rechazando una oferta, oponerse a una acción, repartir sus bienes, describir correctamente sus bienes, informar sobre cuestiones personales o responder a una petición. El derecho suple la ausencia de habla de quien debiendo decir optó por no decir, dando comienzo, continuidad o extinguiendo una relación, concediendo o negando una petición.

#### 4. EL SILENCIO DEL LEGISLADOR: DEL NO DERECHO AL NUEVO DERECHO

Se ha puesto de manifiesto en el apartado anterior que el derecho atribuye un sentido al silencio que proviene de un particular, de una Administración Pública e, incluso, del propio Estado. El derecho también tendrá respuesta cuando quien silencia es el propio legislador.

El derecho es lenguaje que puede estar tanto en la palabra como en el silencio. Ahora bien, el silencio introduce mayores dosis de incertidumbre a un derecho que aspira y cuenta entre sus exigencias la seguridad jurídica. Por eso el jurista procura y se esfuerza por encontrar el derecho en las palabras. La palabra es protagonista en las fases que preceden al proceso creativo de la norma jurídica en los debates parlamentarios; lo continúa siendo con su publicación en boletines oficiales; también en su interpretación, atendiendo en primer lugar al «sentido propio de sus palabras», y, finalmente en su fase de aplicación, en la necesidad de justificación o motivación a través de la palabra. No es extraño, por tanto, que el silencio legal se haya denominado como *horror vacui*. Un miedo a la incertidumbre, a la pérdida de seguridad jurídica, que se expresa como horror, cuando lo que se teme es la pérdida de poder que implica el uso de la palabra en la creación de normas jurídicas. El poder que se reserva la capacidad de crear normas deja por omisión, por silencio, un espacio que puede aprovecharse por otros para producir nuevo derecho.

Un legislador silente no instituye un silencio en el derecho. Las lagunas del derecho ni necesariamente suponen un espacio jurídico vacío, ni tampoco implican siempre la exclusión de un ámbito de regulación sobre el que el legislador no se ha pronunciado. De hecho una laguna no le permite al juez que calle y no resuelva el asunto planteado, antes bien el juez tiene el deber inexcusable de pronunciarse de

---

resolución estimatoria. Cfr. PAREJO ALFONSO, L., «El silencio administrativo, especialmente el de sentido estimatorio, como aporía. Apuntes de una posible vía de superación», en *id.* (Dir.), *El silencio en la actividad de la Administración pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 11-31. Cfr. GÓMEZ PUENTE, M., «El silencio y la inactividad de la Administración», en Quintana López, R., (Coord.), *El silencio administrativo. Urbanismo y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 19-127.

los asuntos de que conozca, sin que la ausencia o insuficiencia de la ley pueda arroparle para guardar silencio. Al intérprete, por tanto, le corresponderá dar sentido al silencio del legislador, pudiéndole llevar a restringir o a expandir la aplicación de las normas jurídicas e, incluso, a la creación de nuevas normas a través de la analogía.

La plenitud del derecho nos garantiza que el silencio debe ser suplido y el derecho colmado, integrado, porque el derecho no puede faltar. Así que la omisión, el silencio del legislador, lejos de paralizar el derecho, le dará un nuevo impulso, en forma de proliferación de palabras del aplicador del derecho que, a base de expandir el derecho existente, podrá articular nuevo derecho. El juez neutral que pronuncia las palabras de la ley se mostrará como un ideal y no una realidad ante los silencios del legislador. Así que, pese a la existencia de un derecho con sobreabundancia de normas jurídicas, un derecho lleno de palabras, de ruido, el jurista se verá necesitado a transitar por el incómodo camino que le marca el silencio; colocando en un lugar privilegiado al intérprete, que deberá sobreponerse a aquel silencio y dotarlo de sonido, darle un sentido, llenar un vacío, abrirse a un nuevo derecho, porque el derecho no muere en el silencio, todo lo contrario, es una prueba de su vitalidad. Es una pausa, un paréntesis, que se abre en un abanico de posibilidades, de interpretación prestando atención a los matices, a las conexiones de sentido, a la identidad de razón.

Aquel horror al vacío se convierte, ante la imposibilidad de que la ley sea capaz de aprehender la compleja y variada realidad social, en una oportunidad de producir nuevo derecho, en la posibilidad de crear o dar respuesta a nuevas situaciones, de encontrar nuevas palabras reguladoras, de transformar y construir futuro. Los silencios permiten que lo no dicho tenga siempre algo nuevo que decir.

La evolución de los derechos humanos es un ejemplo de buen derecho que ha ido avanzando a través de silencios, tanto en relación a los sujetos como a los contenidos. Se han ido generalizando, universalizando, partiendo de sujetos silenciados, excluidos. Entre silencios, nuevos contenidos han ido encontrando acomodo en derechos ni expresados, ni pensados para tales situaciones. Los derechos se abren así camino, se van construyendo, entre palabras y silencios que operan como pausas, «lugares de indeterminación», «puntos de apoyo» y también «espacios de articulación»<sup>75</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

Como todo vehículo de comunicación y de expresión el derecho es lenguaje. Un lenguaje construido sobre palabras y silencios, en cone-

---

<sup>75</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., «Los derechos humanos y el poder del lenguaje», *Derechos y Libertades*, núm 7, 1999, p. 353.

xión con la realidad social compleja y cambiante a la que sirve. Contar con una gran producción normativa expresada en palabras no impide que podemos también encontrar derecho en lo no dicho. Hay, derecho que se construye desde la carga inicial del silencio, todo un repertorio de silencios que junto a las palabras permiten explorar, entender, interpretar y crear derecho.

Palabras y silencios forman parte de los contenidos y los límites de diversos derechos. La palabra y el silencio elegido configuran la libertad de expresión, pero cuando el silencio es impuesto y la censura acecha se pone en peligro aquella libertad. Palabras y silencios son gestionados para proponer acuerdos sobre los recuerdos y así dar contenido a derechos como el derecho a la memoria, a la protección de datos o el derecho al olvido. En el proceso penal, vinculado a la presunción de inocencia, se configura un derecho fundamental al silencio, como derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Y más allá del proceso penal, el derecho al silencio se va abriendo paso, no ya como un derecho a no hablar sino como un derecho a salvaguardarse del ruido. Un derecho que encontró inicialmente su acomodo en el derecho al medio ambiente y el derecho a la salud, pero que para mejorar su protección ha ido buscando su lugar entre otros derechos fundamentales como el derecho a la vida privada, a la integridad física y moral, a la inviolabilidad de domicilio o al libre desarrollo de la personalidad.

Además el silencio despliega sus efectos en otros ámbitos jurídicos distintos al de los derechos fundamentales. El silencio podrá ser interpretado en determinadas circunstancias como una declaración de voluntad y permitir dar comienzo, continuar o extinguir relaciones jurídicas. Finalmente, con motivo del silencio el jurista podrá producir nuevo derecho.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V., y COURTIS, Ch., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.
- ALCÁZER GUIRAO, R., «Víctimas y disidentes. El discurso del odio en EE. UU. y Europa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 103, enero-abril 2015.
- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. C. Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 1994.
- AUSTIN, J. L., *Cómo hacer cosas con palabras* (1955), edición electrónica de [www.philosophia.cl/Escuela de Filosofía Universidad Arcis](http://www.philosophia.cl/Escuela de Filosofía Universidad Arcis).
- AVENDAÑO AYESTARÁN, M., *Habla el silencio*, Trabajo Fin de Máster Filosofía práctica y teórica, Especialidad: Lógica, historia y filosofía de la ciencia, tutor: J. Claramonte Arufat, Convocatoria junio 2017, UNED.

- AZAOVAGH DE LA ROSA, A., «De la censura a la ética de la imagen pornográfica», *Libro de Actas del I Congreso Internacional de Comunicación y Género*, Facultad de Comunicación, Universidad de Sevilla, 2012, pp. 1932-1942 (<https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/38710>)
- BLOCK DE BEHAR, L., *Una retórica del silencio. Funciones del lector y procedimientos de la lectura literaria*, Siglo XXI, México D. F., 1984.
- BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, trad. R. de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991.
- BONDÍA GARCÍA, D., *Régimen jurídico de los actos unilaterales de los Estados*, Bosch, Barcelona, 2004.
- BOURDIEU, P., *¿Qué significa hablar?. Economía de los intercambios lingüísticos*, trad. E. Martínez Pérez, Akal, Madrid, 2008.
- BURKE, P., *Hablar y callar. Funciones sociales del lenguaje a través de la historia*, trad. A. L. Bixio, Gedisa, Barcelona, 1996.
- BUTLER, J., *Lenguaje, poder e identidad*, trad. J. Sáez y B. Preciado, Síntesis, Madrid, 2004.
- *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, trad. M. A. Muñoz, Paidós, Barcelona, 2007.
- CANETTI, E., *El Testigo Escuchón. Cincuenta caracteres*, trad. J. J. del Solar, Anaya, Madrid, 1993.
- *Masa y poder*, Obra completa 1, trad. J. J. del Solar, Debolsillo, Barcelona, 2010.
- CERCAS, J., «Democracia y derecho a decidir», *Diario el País*, 15 de septiembre 2013.
- COETZEE, J. M., *Contra la censura. Ensayos sobre la pasión por silenciar*, trad. R. Martínez i Muntada, Debate, Barcelona, 2007.
- CRUZ PARCERO, J. A., *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007.
- DERRIDA, J., «Cómo no hablar. Denegaciones», en *id.*, *Cómo no hablar y otros escritos*, trad. P. Peñalver, Proyectos A Ediciones, Barcelona, 1997.
- D'ORS, P., *Biografía del silencio. Breve ensayo sobre meditación*, Siruela, Madrid, 2016.
- DWORKIN, R., *Freedom's Law*, Harvard University Press, 1996.
- FERRAJOLI, L., *Democracia y garantismo*, trad. M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2010.
- FISS, O. M., «El efecto silenciador de la libertad de expresión», trad. D. Mena, *Isonomía*, núm. 4, abril 1996.
- GALLEGO ARCE, V., *Actividad informativa, conflictividad extrema y Derecho. Un análisis interdisciplinar de doble estructura jurídico-filosófica*, Dykinson, Madrid, 2013.
- GARCÍA GESTOSO, N., «Contaminación acústica y derechos fundamentales. Protección y discrepancias en su tutela», *Foro, Nueva época*, Vol. 15, núm. 1, 2012
- GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., «Nuevas tecnologías, derecho a la intimidad y protección de datos personales», en ANSUÁTEGUI, F. J., RODRÍGUEZ, J. M., PECES-BARBA G. y FERNÁNDEZ, E., *Historia de los Derechos Fundamentales*, Vol. 4 (siglo xx), Tomo 6 (*El Derecho positivo de los derechos humanos*), Dykinson, Madrid, 2013.
- GASCÓN CUENCA, A., *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

- GÓMEZ PUENTE, M., «El silencio y la inactividad de la administración», en Quintana López, R., (Coord.), *El silencio administrativo. Urbanismo y medio ambiente*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006.
- HALL, E. T., *El lenguaje silencioso*, trad. C. Córdoba, Alianza, Madrid, 1989.
- HUNT, L., *La invención de los derechos humanos*, trad. J. Beltrán Ferrer, Tusquets, Barcelona, 2009.
- HARRIS, M., *Solitud. Hacia una vida con sentido en un mundo frenético*, trad. F. Borrajo, Paidós, Barcelona, 2018.
- HEIDEGGER, M., *De camino al habla*, trad. Y. Zimmermann, Ediciones del Serbal-Guitard, Barcelona, 1999.
- *Ser y tiempo*, trad. M. Garrido, J. L. Molinuevo y F. Duque, Tecnos, Madrid, 1999.
- *Desde la experiencia del Pensar*, edición bilingüe de F. Duque, Abada, Madrid, 2005.
- *Prolegómenos para una historia del concepto de tiempo*, trad. J. Aspiunza, Alianza, Madrid, 2006.
- KAFKA, F., «El silencio de las sirenas», trad. A. Ruiz Guiñazú, en ID., *La muralla china. Cuentos, relatos y otros escritos*, Alianza, Madrid, 1987.
- KAGGE, E., *El silencio en la era del ruido. El placer de evadirse del mundo*, trad. C. Montes Cano, Taurus, Madrid, 2017.
- KIERKEGAARD, S., *De la tragedia*, trad. J. López Zavalía, Quadrata, Buenos Aires, 2004.
- KOLB, R., *La bonne foi en Droit international Publique. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Presses Universitaires de France, París, 2000.
- LABRAÑA, M., *Ensayos sobre el silencio. Gestos, mapas y colores*, Siruela, Madrid, 2017.
- LE BRETON, D., *El silencio: aproximaciones*, trad. A. Temes, Sequitur, Madrid, 2006.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «El derecho a guardar silencio y a no inculparse», en Gutiérrez-Alviz Conradi, F., López López, E. (Coords.), *Derechos procesales fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.
- LORDE, A., *La hermana, la extranjera: artículos y conferencias*, trad. M. Corniero, Horas y Horas, Madrid, 2003.
- MACKINNON, C. A., *Only Words*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1996.
- MARTÍN PALLÍN J. A. Y ESCUDERO ALDAY, R., «Introducción», en ID. (Eds.), *Derecho y memoria histórica*, Trotta, Madrid, 2008.
- MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., «Los derechos humanos y el poder del lenguaje», *Derechos y Libertades*, Núm 7, 1999.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M., «Nuevos perfiles del derecho al olvido en Europa y en España», *Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá*, Núm. X, 2017.
- MARTÍNEZ PUÑAL, A., *Actos unilaterales, promesa, silencio y nomogénesis en el Derecho Internacional*, Andavira, Santiago de Compostela, 2013 <https://antoniomartinezpunal.files.wordpress.com/2014/08/actos-unilaterales.pdf>.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *Daños medioambientales y derecho al silencio*, Reus, Madrid, 2015.

- MATÍA PORTILLA, F. J., «¿Hay un derecho fundamental al silencio? Sobre los límites del artículo 10.2 CE», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 94, enero-abril 2012.
- MOROZOV, E., *El desengaño de internet. Los mitos de la libertad en la red*, trad. E. G. Murillo, Destino, Barcelona, 2012.
- NOELLE-NEUMANN, E., *La espiral del silencio. Opinión pública: nuestra piel social*, trad. J. Ruiz Calderón, Paidós, Barcelona, 1995.
- PEREJO ALFONSO, L., «El silencio administrativo, especialmente el de sentido estimatorio, como aporía. Apuntes de una posible vía de superación», en *id.* (Dir.), *El silencio en la actividad de la Administración pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- PÉREZ DE LA FUENTE, O., «Libertad de expresión y el caso del lenguaje del odio. Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 21, 2010.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *La tercera generación de derechos humanos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- PIÑÓN, N., «El presumible corazón de América» (Discurso para la recepción del Premio Juan Rulfo 1995), en *id.*, *El calor de las cosas y otros cuentos*, trad. D. Medina, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2005.
- PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.
- POLLAK, M., *Memoria, olvido, silencio. La producción social de identidades frente a situaciones límites*, trad. Ch. Gebauer, R. Oliveira y M. Tello, Al Margen, La Plata, Buenos Aires, 2006.
- POPPER, K., «El conocimiento de la ignorancia», *Polis*, núm. 1, 2001, p. 4 (<http://polis.revues.org/8267>).
- PORTOLÉS LÁZARO, J., «Censura y pragmática lingüística», *Círculo de lingüística aplicada a la comunicación*, núm. 38, 2009.
- RELLA, F., *El silencio y las palabras. El pensamiento en tiempos de crisis*, trad. A. Fuentes Marcel, Paidós, Barcelona, 1992.
- RENAU, M. D., *La voz pública de las mujeres. Contra la «naturalidad» de la violencia, feminizar la política*, Icaria, Barcelona, 2009.
- RICH, A., *Sobre mentiras, secretos y silencios*, trad. M. Dalton, Icaria, Barcelona, 1983.
- ROSENFELD, M., «Hate speech in Constitutional jurisprudence: A comparative analysis», *Cardozo Law School, Working Paper*, núm. 41, 2003.
- ROUSSEAU, J. J., *Contrato social*, trad. F. de los Ríos Urruti, Espasa-Calpe, Madrid, 1987.
- SAAVEDRA, M., «El lenguaje del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», *Persona y Derecho*, núm. 55, 2006.
- SAMPEDRO, J. L., con la colaboración de LUCAS, O., *Escribir es vivir*, Debolsillo, Barcelona, 2013.
- SÁNCHEZ CARAZO, C., *La intimidad y el secreto médico*, Díaz de Santos, Madrid, 2000.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. O., «Los orígenes biológicos y los derechos de hijos e hijas: filiación y derecho a saber», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, diciembre 2016.
- SANCHO LÓPEZ, M., «Nuevas amenazas para la protección de datos en el contexto del Big Data», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 43, 2017.

- SARTRE, J. P., *¿Qué es la literatura?*, trad. A. Bernárdez, Losada, Buenos Aires, 1967.
- SAUCA CANO, J. M., «El derecho ciudadano a la memoria histórica: concepto y contenido», en Martín Pallín, J. A., y Escudero Alday, R. (Eds.), *Derecho y memoria histórica*.
- SAVIGNY, F. C. von, *Sistema de Derecho Romano actual*, trad. Ch. Guenoux, J. Mesía y M. Poley, Góngora, Madrid, 1878-1879, & CXXXI-III.
- SIMMEL, G., *Sociología, I. Estudios sobre las formas de socialización*, Alianza, Madrid, 1986.
- SOLAR CAYÓN, J. I., «En defensa de la democracia: los discursos antidemocráticos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Serie V, LXXXIX, núm. 4, 2012.
- «Información genética y derecho a no saber», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, Tomo XXX, 2014.
- STEINER, G., *Lenguaje y silencio. Ensayos sobre la literatura, el lenguaje y lo inhumano*, trad. M. Ultorio, Gedisa, Barcelona, 1990.
- *Los libros que nunca he escrito*, trad. M. Córdor, Siruela, Madrid, 2008.
- VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Bosch, Barcelona, 1984.
- VIRASORO, V., *De ironías y silencios. Notas para una filosofía impresionista*, Gedisa, Barcelona, 1997.
- WITTGENSTEIN, L., *Tractatus logico-philosophicus*, trad. J. Muñoz e I. Reguera, Alianza, Madrid, 2003.
- ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995.