



*Real Academia de Legislación
y Jurisprudencia de Murcia*

EL SILENCIO ANTE EL DERECHO Y EL DERECHO AL SILENCIO. DE ESCONDRIJOS Y SECRETOS

Discurso leído el día 18 de junio de 2026
en el acto de recepción como Académico de Número del

EXCMO. SR. D. MAXIMILIANO CASTILLO GONZÁLEZ

y contestación del

EXCMO. SR. D. ANTONIO SALAS CARCELLER

MURCIA, 2026



EL SILENCIO ANTE EL DERECHO Y EL DERECHO AL SILENCIO. DE ESCONDRIJOS Y SECRETOS

*Discurso leído el día 18 de junio de 2026 en el acto de recepción como
Académico de Número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia
de la Región de Murcia por el*

EXCMO. SR. D. MAXIMILIANO CASTILLO GONZÁLEZ

y contestación del

EXCMO. SR. D. ANTONIO SALAS CARCELLER



MURCIA
2026

ISBN: 978-84-09-87918-2

Depósito Legal: MU 911-2026

Imprime: Stampacos

Impreso en España - Printed in Spain

אם הדבור שוֹוה סֵלַע, השְׁתִּיקָה שׁוֹוה שְׁנַיִם

Si la palabra vale un sela, el silencio vale dos.

— Talmud Babilónico, Tratado de Meguilá, 18b

A
Tono Reverte
Felipe Ortega
Rafael Rivas
In memoriam

A mis hijos
Maximiliano
Álvaro
y María,
razón de mi existencia

ÍNDICE

PALABRAS PREVIAS, SALUTACIÓN Y AGRADECIMIENTOS	19
INTRODUCCIÓN GENERAL	23
1. La pregunta de fondo: qué hace el Derecho cuando alguien calla o esconde..	23
2. Tesis y posibles aportaciones	24
3. Por qué el silencio: razón humana de la elección del tema	24
4. El estado de la cuestión en la doctrina española y comparada.....	25
5. Metodología y nota sobre fuentes.....	26
6. Estructura del discurso	26
PARTE PRIMERA	
EL SILENCIO ANTES DEL DERECHO.....	31
1. El concepto de silencio: el problema de la definición	31
2. El silencio como acto de habla: la aportación de Ricardo Escavy Zamora	33
3. El silencio en la tradición filosófica: una pincelada	36
4. Los silencios forzados: cuando el Poder calla o hace callar.....	38
5. El silencio en el lenguaje jurídico: del fenómeno comunicativo al Derecho	39
6. Un apunte: el silencio en el arte.....	41
PARTE SEGUNDA	
EL SILENCIO EN EL DERECHO PRIVADO	47
1. El punto de partida: el silencio como problema jurídico.....	47
2. El silencio y la declaración de voluntad: entre la expresión y la omisión	48
3. <i>Qui tacet consentire videtur</i> : las circunstancias que transforman el silencio.....	49

4. El silencio en el Derecho Civil: recorrido por los grandes ámbitos.....	50
4.1. <i>La doctrina del silencio elocuente: jurisprudencia del TS</i>	50
4.2. <i>Personas y familia</i>	51
4.3. <i>Obligaciones y contratos</i>	51
4.4. <i>Sucesiones</i>	52
4.5. <i>Derechos reales y prescripción</i>	52
5. Las ficciones legales y el método jurídico: Larenz como marco.....	53
6. La decadencia del contrato y el silencio: una perspectiva crítica	53
7. Síntesis doctrinal: el estado de la cuestión	54
8. El silencio en el Derecho Procesal Civil.....	55
9. Jurisprudencia destacada del Tribunal Supremo.....	56
10. <i>Blockchain, smart contracts</i> y el silencio digital.....	56
11. El silencio en el Derecho Mercantil	58
11.1. <i>El consensualismo mercantil y los usos del comercio</i>	58
11.2. <i>Contratos mercantiles específicos: comisión y seguro</i>	59
11.3. <i>La caducidad societaria como silencio-constitutivo</i>	59
11.4. <i>Valoración sistémica</i>	60
12. El silencio en el Derecho del trabajo	60
12.1. <i>La asimetría estructural y sus consecuencias</i>	60
12.2. <i>El artículo 41 ET: el sistema de opciones ante la modificación sustancial</i>	60
12.3. <i>El despido tácito por actos concluyentes del empresario</i>	61
12.4. <i>El nemo tenetur en el procedimiento disciplinario laboral</i>	61
12.5. <i>La ultraactividad del convenio y el silencio de los negociadores</i>	62
12.6. <i>Valoración sistémica</i>	62
13. Síntesis: la tricotomía del silencio en el Derecho Privado.....	62

PARTE TERCERA

EL SILENCIO FRENTE AL PODER PUNITIVO 69

1. El derecho al silencio en el sistema supranacional: fundamentos y fuerza normativa 69
2. Los ordenamientos modelo: Francia, Inglaterra, Estados Unidos y España.... 71
3. Posturas doctrinales: negacionistas y garantistas 72
4. Las posturas del investigado: un mapa de posibilidades 73
5. El silencio de testigos, peritos e intérpretes..... 73
6. La tortura como arma contra la libertad de decidir: historia y vigencia..... 74
7. El derecho a la última palabra..... 75
8. El silencio como indicio: la doctrina Murray y sus desarrollos en el ordenamiento español..... 75
9. El silencio del tribunal ante la prueba de descargo..... 77
10. El estándar absolutista: el Estatuto de Roma y la contradicción sistémica..... 77
11. La constitucionalización de las garantías procesales 78
12. Teresa Duerto, Álvarez de Neyra Kappler y Orihuela Rojas: el estado de la jurisprudencia..... 79
13. Síntesis: el silencio-garantía en su expresión más plena 80

PARTE CUARTA

EL SILENCIO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO..... 85

1. El silencio administrativo como problema central del Derecho Administrativo español..... 85
2. Las dos dimensiones del silencio administrativo..... 86
3. Origen y evolución histórica..... 86
4. El concepto jurídico-técnico: ficción, presunción o acto administrativo..... 87
5. La regla general del silencio positivo y el debate sobre su efectividad real..... 88
6. Las excepciones al silencio positivo: taxonomía y análisis crítico 89
 - 6.1. *El silencio y el medio ambiente*..... 90
 - 6.2. *El silencio y la transparencia*..... 90

7. El silencio en las licencias urbanísticas: la dialéctica entre seguridad jurídica y legalidad.....	91
8. El silencio negativo: naturaleza de ficción legal y el problema del plazo de impugnación.....	92
9. La inactividad material de la Administración	92
10. <i>El nemo tenetur</i> en el procedimiento administrativo sancionador.....	93
11. El silencio de la jurisdicción: la incongruencia <i>ex silentio</i>	94
12. El silencio administrativo y la inteligencia artificial.....	95
13. La buena administración como antídoto y las propuestas de reforma.....	95
14. Jurisprudencia del Tribunal Supremo: síntesis doctrinal	96
15. Conclusión: el silencio como test del Estado de Derecho.....	97

PARTE QUINTA

EL SILENCIO EN EL DERECHO TRIBUTARIO	103
1. La tensión constitucional: artículo 31.1 CE contra artículo 24.2 CE	103
2. La STC 76/1990 y el modelo clásico de compatibilidad	104
3. La evolución de la doctrina del TEDH: cuatro sentencias que cambian el panorama.....	105
4. La STJUE DB c. CONSOB y el Derecho de la Unión Europea.....	106
5. La STS de 4 de diciembre de 2025: el test de existencia independiente	106
6. Propuesta P.10: la codificación legal del test.....	108
7. El silencio de la Administración tributaria: prescripción y silencio desestimatorio	109
8. El <i>nemo tenetur</i> tributario en perspectiva sistémica: la tensión más aguda del ordenamiento	110

PARTE SEXTA

EL SILENCIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL	115
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	115
1. El silencio en los ordenamientos plurales: introducción.....	115

2. El silencio de las partes en el tráfico privado transfronterizo: Efrén Rivera Ramos y la cartografía del silencio jurídico	116
3. La ley aplicable a los contratos internacionales: el silencio de las partes y la historia de sus soluciones	116
4. El Reglamento Roma I: la elección tácita de ley aplicable.....	117
5. El Reglamento Bruselas I-bis y la sumisión tácita a la jurisdicción.....	118
6. La CISG y el silencio en la contratación internacional	118
7. La <i>lex mercatoria</i> y el doble silencio.....	119
8. Los Principios de La Haya de 2015: cuando el <i>soft law</i> habla donde la ley calla	119
9. El silencio en el Derecho Europeo de Contratos: Los Principios PECL	120
10. El silencio doloso en el Derecho Europeo: el Artículo 4:107 PECL	121
11. La silenciosa constitucionalización de la Unión Europea	121
DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.....	122
1. El Derecho Internacional Público: la aquiescencia del Estado	122
2. La aquiescencia en el Derecho de los Tratados.....	123
3. La Opinión Consultiva de la CIJ de 2024: aquiescencia multilateral.....	123
4. La aquiescencia internacional y el principio de legalidad interna	124
5. La nomogénesis internacional y el silencio: Martínez Puñal.....	124
6. Síntesis: el silencio transfronterizo en la tricotomía.....	125

PARTE SÉPTIMA

EL SILENCIO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL	129
1. El silencio constitucional como categoría jurídica autónoma.....	129
2. El silencio de la Constitución como problema normativo: el Informe del Consejo de Estado de 2006	130
3. El silencio de la Constitución sobre la amnistía: análisis crítico.....	131
3.1. <i>La tesis que el Tribunal Constitucional ha avalado: el silencio no es prohibición</i>	131
3.2. <i>La posición crítica: el silencio de la Constitución sobre la amnistía es exclusión, no laguna</i>	132
3.3. <i>La decisión del Tribunal Constitucional y el debate doctrinal que no cierra</i>	133

4. El silencio administrativo desde la perspectiva constitucional: Gómez-Ferrer Morant	134
5. ¿Existe un derecho fundamental al silencio? Matia Portilla y los límites del artículo 10.2 CE	135
6. El silencio del Tribunal Constitucional: incongruencia, dilaciones y control de Estrasburgo.....	136
7. El silencio constitucional y la responsabilidad del legislador	137

PARTE OCTAVA

EL SILENCIO EN EL DERECHO DEL TRABAJO

1. Introducción: el silencio laboral como fenómeno poliédrico	141
2. El silencio organizacional: cuando la empresa construye la cultura del mutismo	142
3. El <i>quiet firing</i> o despido silencioso: el silencio como instrumento de poder empresarial.....	143
4. El acoso laboral por omisión: el silencio como instrumento de acoso	144
5. El silencio cómplice: Baquero Aguilar y la responsabilidad de los que callan.	145
6. El Convenio 190 OIT y la superación del silencio normativo	145
7. El derecho a la desconexión digital: el silencio como derecho del trabajador.	146
8. El silencio administrativo en el Derecho del empleo público.....	147
9. El silencio en la negociación colectiva y en la representación sindical.....	148
10. Síntesis: el silencio como categoría transversal del Derecho Laboral	149

PARTE NOVENA

LOS ANTÓNIMOS DEL SILENCIO: EL RUIDO Y EL DERECHO

1. Introducción: el ruido como categoría jurídica transversal	153
2. El marco constitucional y europeo	154
3. El ruido en el Derecho Administrativo: la Ley 37/2003 y su arquitectura normativa.....	155
3.1. <i>El marco normativo: de la Directiva europea a la ordenanza municipal</i>	155
3.2. <i>La inactividad administrativa ante el ruido: el silencio que destruye el silencio</i>	156
3.3. <i>Las servidumbres acústicas</i>	157

4. El ruido en el Derecho Penal: los delitos contra el medio ambiente.....	157
4.1. <i>El tipo básico del artículo 325 del Código Penal</i>	157
4.2. <i>Los focos más frecuentes en la jurisprudencia</i>	158
4.3. <i>La responsabilidad penal de las personas jurídicas</i>	158
5. El ruido en el Derecho Civil: inmisiones y vecindad.....	159
5.1. <i>La teoría de las inmisiones</i>	159
5.2. <i>El artículo 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal</i>	159
5.3. <i>Las relaciones de vecindad en el Derecho civil catalán</i>	160
6. El derecho al silencio ambiental: síntesis y perspectivas.....	161
6.1. <i>El silencio como bien jurídico transversal</i>	161
6.2. <i>El ruido como destrucción del silencio comunicativo</i>	161

PARTE DÉCIMA

DE ESCONDRIJOS Y SECRETOS..... 167

1. Introducción: cuando el silencio se convierte en secreto.....	167
2. El poder invisible: el marco filosófico de Norberto Bobbio.....	168
3. Escudo y escondrijo: la distinción que importa	169
4. La Ley de Secretos Oficiales de 1968: análisis y reforma pendiente.....	170
5. El Centro Nacional de Inteligencia y el caso Pegasus	171
6. El silencio represivo: la Ley de 1 de marzo de 1940 sobre represión de la masonería y el comunismo	173
7. El secreto de las comunicaciones y la protección de datos.....	174
8. El secreto empresarial: cuando el Derecho privado resuelve lo que el público no puede.....	176
9. La quintología del secreto jurídico: síntesis y tensiones sistémicas.....	177

PARTE UNDÉCIMA

EL SILENCIO EN LA ERA DE LA ALGORITMOCRACIA: LA CAJA NEGRA Y LOS NEURODERECHOS 183

1. La nueva frontera del silencio jurídicamente relevante.....	183
--	-----

2. El silencio del algoritmo: la quiebra de la motivación.....	184
2.1. <i>La «caja negra» como silencio de segundo grado</i>	184
2.2. <i>El sesgo oculto como silencio sobre la discriminación</i>	186
3. El derecho al silencio de datos: la resistencia a la datificación.....	187
3.1. <i>El derecho a la no-datificación como nueva categoría</i>	187
3.2. <i>La colisión entre el derecho al olvido y la blockchain</i>	187
4. El <i>nemo tenetur</i> frente a la neurotecnología: el silencio mental como último refugio.....	188
4.1. <i>La amenaza de las interfaces cerebro-computadora al derecho al silencio</i>	188
4.2. <i>El marco jurídico existente y sus insuficiencias</i>	189
4.3. <i>La propuesta P.20: elevación del silencio mental a contenido esencial del nemo tenetur</i>	190
5. La decimotercera tensión sistémica: motivación frente a opacidad algorítmica	190
6. Síntesis: la nueva frontera del silencio y el mandato de anticipación regulatoria	191

PARTE DUODÉCIMA

EL PODER Y SUS SILENCIOS..... 197

1. La asimetría fundamental: el silencio del poder es siempre más costoso.....	197
2. García de Enterría y Nieto: la crítica descarnada al poder que no rinde cuentas	198
3. Las doce tensiones sistémicas del ocultamiento jurídicamente relevante	199
3.1. <i>Las seis tensiones del silencio</i>	199
3.2. <i>Las seis tensiones del secreto</i>	200
4. El poder que usa el silencio como instrumento de dominación.....	201
5. El silencio del ciudadano como resistencia y como libertad.....	202
6. El silencio de la norma como decisión política.....	202
7. Las propuestas de reforma: el programa de veintidós medidas	203
8. El poder que aprende a callar —y el silencio que aprende a hablar	206

PARTE DECIMOTERCERA

SÍNTESIS, CONCLUSIONES Y ÉTICA DE LA ABOGACÍA..... 211

1. Un principio y un final: el preso de Portillo de San Antonio.....	211
2. La tricotomía del silencio: síntesis de la aportación teórica principal.....	211
3. La quintología del secreto: síntesis de la segunda aportación teórica	213
4. Las veintidós propuestas: el programa de reforma.....	213
5. El Derecho como arte de distinguir los silencios	215
6. Libertad, Igualdad, Fraternidad: el programa jurídico que no caduca	215
7. La ética de la abogacía y el silencio	217
8. Un final que es un principio.....	218

PARTE DECIMOCUARTA

EL SILENCIO DESPUÉS DEL DERECHO: ARENDT, CANETTI, FOUCAULT, DERRIDA, AGAMBEN..... 221

1. Justificación: por qué después del Derecho	221
2. Hannah Arendt: el escondrijo de la persona.....	223
3. Elias Canetti: el secreto del soberano	226
4. Michel Foucault: la incitación al decir	228
5. Jacques Derrida: el secreto irreductible.....	231
6. Giorgio Agamben: el silencio del Derecho suspendido.....	233
7. Los tres hilos: asimetría, mediación técnica, doble cara.....	237
8. Coda: Wittgenstein, la P.22 y el preso del camino de Portillo de San Antonio	240

Contestación al discurso de ingreso como académico de número del Excmo. Sr. D. Maximiliano Castillo González por el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.....	249
--	-----

PALABRAS PREVIAS. SALUTACIÓN Y AGRADECIMIENTOS

Excmo. Sr. D. Juan Roca Guillamón, Presidente de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia; Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, Magistrado Emérito del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, y Académico de Número; excelentísimos académicos; excelentísimas e ilustrísimas autoridades; queridos familiares, queridos amigos, queridos colegas, señoras y señores:

Ser recibido hoy en esta Real Academia es un inmenso honor; lo agradezco desde lo más profundo de mi alma. Una Real Academia no es solo una institución; es un lugar de encuentro al que se accede por cooptación, donde juristas con trayectoria reconocida en sus respectivos ámbitos se reúnen con vocación de permanencia. Incorporarse a ella es aceptar la responsabilidad de mantener viva la interacción con la sociedad que la rodea y en la que debe estar inmersa, así como añadir algo al acervo que se recibe, no limitándose a custodiar lo edificado por otros. Con esa conciencia me presento esta tarde, y con la humildad —sentida, no de protocolo— de quien sabe que el camino recorrido es menos de lo que este acto parece reconocer.

Quiero expresar mi gratitud a los académicos que tuvieron la generosidad de proponer mi candidatura y defenderla. La Academia es, en su mejor versión, uno de los pocos espacios que quedan donde el pensamiento libre tiene cobijo institucional y donde el largo plazo prevalece sobre la urgencia del día a día. Ingresar en ella es un honor que acepto con la gratitud y la responsabilidad que impone.

Quiero dar las gracias a todos los miembros de esta Corporación por la paciencia infinita demostrada, especialmente a su Presidente y al Excmo. Sr.

D. Antonio Salas Carceller, que ha aceptado contestar a este discurso con una generosidad que me honra profundamente. Su trayectoria, su manera de entender el Derecho como instrumento al servicio de la persona —no al revés—, y su condición de Académico de esta casa, evidencian sus valores y cualidades, conocidas por todos.

Los agradecimientos que siguen son también un acto de justicia:

Gracias a mis profesores de la extinta Escuela de Magisterio de Murcia.

Gracias a la Universidad de Murcia, a su Facultad de Derecho y a los profesores que me examinaron en los lejanos años setenta, en la que fui alumno libre (a excepción de un curso en que fui admitido como alumno oficial, con dispensa de escolaridad). En ella, y a través de sus libros recomendados, llegué a la convicción de que el conocimiento, el saber, era condición obligada para el ejercicio responsable de una actividad tan hermosa como es la de la abogacía, con la que estaba relacionado desde 1963 al entrar a trabajar como «Aspirante Oficinas» en el despacho de D. Fidel Pérez Abadía, mi maestro.

Hay personas que te enseñan materias y personas que te enseñan a pensar, y mi maestro fue de las segundas. Lo que pueda saber sobre el Derecho como práctica honesta, sobre la dignidad del oficio y sobre sus exigencias, se lo debo a él, a quien tendré agradecimiento eterno y, por extensión, a sus hijos —aquí presentes—.

Gracias a todos los operadores jurídicos (magistrados, jueces, fiscales, letrados de la Administración de Justicia, abogados, procuradores, graduados sociales, notarios, registradores, personal de la Administración de Justicia y personal del Ilustre Colegio de la Abogacía) con los que he tenido contacto a lo largo de mi actividad.

Gracias a quienes han confiado profesionalmente en mí.

Gracias a los Colegios de Abogados en los que he estado matriculado; en especial, al Ilustre Colegio de Abogados de Murcia, y a los de Albacete, Cartagena y Madrid.

Gracias a mis padres.

Gracias a mis familias nucleares, unidas por los afectos y la dimensión del tiempo, aun cuando el espacio —la otra cara de la misma moneda— sea diverso. Y, en especial, a mis hijos, que son la razón de mi existencia.

Gracias a mi familia extensa pero querida como lo que somos, auténticos hermanos y hermanas.

Gracias a mis amigos, tan importantes en mi vida. Ellos saben cómo los quiero.

Agradecimiento especial para con mi amigo Ricardo Escavy Zamora, catedrático de Lingüística General, a quien le debo haber acabado el discurso. Si no hubiera sido por sus impulsos de aliento, siempre generosos, no habría sido posible.

Gracias al Clan del Crimen —un grupo plural de profesores universitarios, magistrados, policías, psicólogos, abogados y académicos—, un espacio absolutamente libre, repleto de vidas diversas y atrayentes.

Y, no por estar al final menos importante, mi recuerdo más cálido y cariñoso hacia tres personas que, en sí mismas, eran tres instituciones: Tono Reverte, Felipe Ortega y Rafael Rivas, auténticos maestros del Derecho y, sobre todo, personas generosas, lúcidas, amables y... sabias.

Este discurso es, en su dimensión más profunda, una declaración de principios. El Derecho no es neutro; el jurista no puede ser neutral; quien estudia el silencio en el Derecho acaba sabiendo que hay silencios que protegen, silencios que dañan y silencios que, sencillamente, no pueden mantenerse sin traicionar lo que uno es. He intentado no caer en ninguno de los nombrados en último lugar. No sé si lo he conseguido del todo, pero mi intención ha sido esa.

El Derecho, para quien lo ha hecho compromiso vital —no oficio solamente, sino forma de estar en el mundo—, solo adquiere pleno sentido cuando se ejerce al servicio de quien lo necesita. Ese compromiso, sin perder de vista a los más vulnerables, es el hilo que une la vocación con el trabajo de toda una vida, y es lo que hoy traigo a esta casa.

Sin más prolegómenos, paso a la lectura del discurso.

INTRODUCCIÓN GENERAL

1. La pregunta de fondo: qué hace el Derecho cuando alguien calla o esconde

El ordenamiento jurídico debe responder continuamente a una misma clase de problema: alguien no dice algo, o alguien protege algo de la mirada ajena. En el primer supuesto, la persona calla cuando podría hablar —silencio—. En el segundo, la información existe pero está amparada por el Derecho frente a quien quiere conocerla —secreto—. La fenomenología de ambas situaciones es distinta: el silencio es una conducta pasiva, una abstención que puede ser libre o coartada; el secreto es una situación jurídica activa, una protección normativa explícita de la reserva. Pero la lógica jurídica subyacente en los dos casos es fundamentalmente la misma: el Derecho debe decidir, en cada contexto, cuándo el ocultamiento de información está protegido, cuándo genera efectos adversos para quien oculta, y cuándo debe ser combatido mediante la imposición de deberes de revelación.¹

Esta decisión tripartita se toma en el ordenamiento español de manera fragmentada: cada rama del Derecho la adopta para su propio ámbito. En el ámbito civil se responde a la pregunta del silencio contractual mediante la doctrina jurisprudencial del «silencio elocuente» y del silencio con «relevancia a efectos de consentimiento».² En el penal, se responde a si el investigado puede —si lo desea— guardar silencio mediante el derecho constitucional a no declarar contra sí mismo. La Ley 1/2019 responde a la pregunta del secreto empresarial mediante la tutela civil y penal del *know-how*.³ Cada respuesta es, en su propio terreno, relativamente solvente. Pero entre respuestas prevalece la divergencia —y en algunos casos la contradicción— sobre los principios que rigen el ocultamiento jurídicamente relevante.

Este discurso adopta el término «ocultamiento jurídicamente relevante» para referirse con una sola expresión al conjunto de fenómenos que abarca: el silencio jurídico y el secreto jurídico. En los dos casos, la información está sustraída al conocimiento de quien podría o querría tenerla. Esa sustracción puede ser un derecho (el *nemo tenetur*, el secreto de Estado, el secreto empresarial), una fuente de efectos jurídicos (el silencio elocuente, la prescripción) o una infracción (los delitos contra la intimidad).⁴

2. Tesis y posibles aportaciones

La tesis central puede formularse con precisión: el ordenamiento jurídico español ha desarrollado respuestas sectoriales relativamente coherentes al problema del ocultamiento de información, pero carece de una teoría general que las articule en un sistema coherente. Las consecuencias de esta carencia no son meramente teóricas: generan zonas de intersección sin régimen jurídico claro, producen asimetrías de garantías constitucionalmente problemáticas⁵ y obligan a los operadores jurídicos a resolver casos difíciles sin principios generales que los orienten.

Si cupiera hablar de aportaciones —ajenas y propias— serían tres. La primera es teórica: la taxonomía tripartita del silencio y la taxonomía quíntuple del secreto, herramientas operativas que permiten identificar el régimen aplicable a cualquier supuesto sin acudir a la casuística sectorial. La segunda es crítica: la identificación de las trece tensiones sistémicas que el ordenamiento no ha resuelto. La tercera es propositiva: veintidós propuestas de *lege ferenda*, de las cuales veinte son abordables por el legislador ordinario u orgánico y dos exigen reforma constitucional —la del artículo 62.i bis sobre amnistía y la P.22 sobre supresión del ámbito del amparo del artículo 53.2 CE—.

3. Por qué el silencio: razón humana de la elección del tema

Hay temas que un jurista elige y temas que lo eligen a él. Este es de los segundos. La pregunta por el silencio —por su naturaleza, por sus formas, por los efectos que el ordenamiento jurídico le atribuye o le niega— no ha surgido de una decisión metodológica sino de una experiencia acumulada a lo largo de décadas de práctica y de reflexión: la experiencia de comprobar que el Derecho habla constantemente del silencio, que lo regula, lo sanciona, lo protege o lo

aprovecha, sin haber llegado nunca a definirlo con la precisión que exigiría la seriedad de sus consecuencias.

El silencio está en todas partes del ordenamiento jurídico, aunque pocas veces se lo nombre directamente. Está en el contrato que nace de una declaración tácita de voluntad, en la herencia que se acepta por no repudiarla a tiempo, en el testimonio que altera la verdad por reticencia o por omisión de datos relevantes. Está en el derecho del investigado penal a no declarar contra sí mismo, en la inactividad de la Administración que el ciudadano debe interpretar como estimación o como desestimación según los casos, en los secretos de Estado que el Ejecutivo clasifica y que los ciudadanos no pueden conocer. Está en la libertad de expresión que protege el derecho a hablar y, por extensión necesaria, el derecho a no hacerlo; en la censura que lo destruye; en la memoria histórica que combate el silencio impuesto sobre los crímenes del pasado.

Antes de que el Derecho se pronuncie sobre el silencio, éste existe como fenómeno humano universal, anterior a cualquier regulación jurídica y más antiguo que cualquier ordenamiento: existe como experiencia lingüística, como objeto de reflexión filosófica, como materia de expresión artística, como práctica espiritual. Es desde esa anterioridad y desde esa universalidad desde donde el jurista debe aproximarse al silencio, porque si no lo hace corre el riesgo de regular lo que no comprende, de atribuir efectos jurídicos a un fenómeno cuya naturaleza no ha sido previamente examinada con la atención que merece.

Un ejemplo extraordinario de lo que el silencio puede comunicar, cuando las palabras no alcanzan, nos lo ofrece la música. Jean Sibelius completó su Séptima Sinfonía en 1924 y el poema sinfónico *Tapiola* en 1926. Después de esas obras guardó silencio creativo durante más de treinta años, hasta su muerte en 1957. Trabajó en una Octava Sinfonía que nunca terminó ni publicó. Ese silencio —deliberado, prolongado, inexplicado— fue más elocuente que cualquier manifiesto: expresó la convicción de que no valía la pena publicar algo que no alcanzara la cima de lo ya creado.⁶ Hay situaciones en que callar es más expresivo que hablar. El Derecho —que es, antes que nada, un sistema de comunicación— no puede ignorar esa dimensión del silencio sin mutilar su comprensión de lo humano.

4. El estado de la cuestión en la doctrina española y comparada

El tratamiento académico del silencio como categoría jurídica transversal es escaso en la doctrina española. D. Felipe Clemente de Diego —entonces

Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid—pronunció en 1925 su discurso «El silencio en el Derecho», único trabajo monográfico sobre la materia escrito en lengua española, no superado todavía en su sistematización.⁷ Un siglo después, esa soledad bibliográfica se mantiene: los estudios disponibles abordan el silencio dentro de cada sector, pero no existe ninguna obra que los analice en perspectiva de coherencia sistémica. Esta laguna es, en sí misma, un síntoma del problema que se pone de manifiesto: la doctrina reproduce la compartimentación del legislador.

En el plano comparado, la reforma del *Code civil* francés de 2016 —que introdujo el artículo 1120 con la regla «Le silence ne vaut pas acceptation, à moins que la loi ou l'usage n'en dispose autrement»—⁸ es el hito normativo comparado más relevante para el Derecho Privado. La Propuesta de Modernización del Código Civil de agosto de 2023⁹ recoge en su artículo 1250 una regla equivalente.¹⁰ Si se aprueba, España tardará ciento treinta y cuatro años en codificar positivamente lo que la Sala Primera había construido casuísticamente desde la STS 507/2019.¹¹

La doctrina sobre control judicial de los documentos clasificados procede de las SSTS de 4 de abril de 1997, Sala Tercera (papeles del CESID).¹² El Proyecto de Ley de Información Clasificada de julio de 2025¹³ representa el primer intento serio de reforma de la Ley de Secretos Oficiales de 1968.¹⁴ El caso Pegasus (2022)¹⁵ reveló las insuficiencias estructurales del control del CNI y aceleró el debate sobre la necesaria reforma de la Ley Orgánica 2/2002.¹⁶

5. Metodología y nota sobre fuentes

El trabajo se elaboró mediante análisis sistemático de la jurisprudencia del TS, el TC, el TEDH y el TJUE, con actualización hasta abril de 2026. Las referencias jurisprudenciales se obtuvieron a través de CENDOJ, el BOE y las bases institucionales del TEDH y el TJUE.¹⁷

6. Estructura del discurso

La Primera Parte —«El silencio antes del Derecho»— examina, en síntesis apretada, el silencio como fenómeno universal previo a cualquier regulación jurídica: su naturaleza lingüística (con la contribución específica del Prof. Escavy Zamora), una pincelada de su tradición filosófica, su dimensión artística, y los silencios forzados por el Poder, con algunas referencias históricas. Las

Partes Segunda a Octava analizan el valor jurídico del silencio en nueve sectores del ordenamiento. La Parte Novena estudia el antónimo jurídico del silencio: el ruido. Las Partes Décima y Undécima analizan el secreto institucionalizado y la crítica al uso del secreto como instrumento de dominación, incluyendo la mutación digital del silencio en la era de la algoritmocracia y los neuroderechos. La Parte Duodécima sintetiza las tensiones sistémicas, formula las veintidós propuestas de reforma y concluye con una reflexión sobre el compromiso ético de la abogacía. La Parte Decimotercera recapitula el discurso en clave de síntesis y conclusiones, codifica la tricotomía del silencio y la quintología del secreto en su formulación definitiva, recoge la triada Libertad-Igualdad-Fraternidad como programa jurídico que no caduca, y cierra la dimensión dogmática del trabajo con la reflexión sobre la ética de la abogacía como profesión del silencio tanto como del discurso. La Parte Decimocuarta —«El silencio después del Derecho: Arendt, Canetti, Foucault, Derrida, Agamben»— cierra el arco del discurso situando el silencio en el horizonte filosófico que las trece Partes anteriores han venido reclamando, da respaldo conceptual a la vigésimo-segunda propuesta —que, junto con la propuesta sobre el artículo 62.i bis en materia de amnistía, es una de las dos que exigen reforma constitucional— y devuelve, al final, la imagen del preso del camino de Portillo de San Antonio como punto de fuga de toda la argumentación.

NOTAS

- [1] La distinción entre información protegida, información con efectos adversos para quien la retiene e información cuya revelación es obligatoria constituye la estructura tripartita del ocultamiento jurídicamente relevante, sobre la que el discurso construye su recorrido.
- [2] STS (Sala 1.^a) 507/2019, de 1 de octubre (ECLI:ES:TS:2019:3011), ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres. La doctrina del silencio con «relevancia a efectos de consentimiento» se desarrolla en la Parte Segunda de este discurso.
- [3] Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales (BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2019).
- [4] Sobre la tipología del ocultamiento jurídicamente relevante como categoría transversal, *vid.* CLEMENTE DE DIEGO, F., *El silencio en el Derecho*, Editorial Reus, Madrid, 1925.

- [5] La asimetría más grave se produce entre el ciudadano vigilado por el CNI —que nunca sabrá que lo fue— y el imputado penal, que goza de garantías procesales plenas. *Vid. infra* Parte Décima.
- [6] Sobre el silencio creativo final de Sibelius, TAWASTSTJERNA, E., *Sibelius*, vol. III (1914-1957), trad. inglesa de R. Layton, Faber and Faber, Londres, 1997; y GOSS, G. D., *Jean Sibelius. A Composer's Life and the Awakening of Finland*, University of Chicago Press, Chicago, 2009, capítulo final sobre el «silencio de Järvenpää». La Octava Sinfonía fue destruida o permaneció incompleta; el silencio de Sibelius ha sido interpretado como perfeccionismo radical, como conciencia de que el lenguaje musical había cambiado irreversiblemente, o como ambas cosas a un tiempo. Conviene leer la hipótesis interpretativa del silencio sibeliano junto con la crítica que ADORNO, T. W., hizo a la recepción nacionalista del compositor en sus *Glossen über Sibelius* (1938), incluidas en *Impromptus*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1968 [trad. esp.: *Impromptus. Serie de artículos musicales impresos de nuevo*, Laia, Barcelona, 1985].
- [7] CLEMENTE DE DIEGO, F., *op. cit. supra* nota 4. El discurso fue pronunciado el 25 de enero de 1925 ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, de la que De Diego era Presidente.
- [8] Artículo 1120 *Code civil*, redacción dada por la Ord. núm. 2016-131, de 10 de febrero de 2016: «Le silence ne vaut pas acceptation, à moins que la loi ou l'usage n'en dispose autrement».
- [9] Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, presidida por A. Pau, aprobada en sesión plenaria de 2023.
- [10] Art. 1250 PM 2023: «Toda declaración o acto del destinatario que revele conformidad con la oferta constituirá aceptación; pero no el silencio o la inacción por sí solos...».
- [11] STS (Sala 1.^a) 507/2019, *cit. supra* nota 2.
- [12] SSTs de 4 de abril de 1997, Sala Tercera (papeles del CESID), sobre control judicial de los documentos clasificados.
- [13] Proyecto de Ley de Información Clasificada, aprobado en Consejo de Ministros el 22 de julio de 2025.
- [14] Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre Secretos Oficiales (BOE núm. 84, de 6 de abril de 1968), modificada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre.

- [15] CITIZEN LAB (Universidad de Toronto), *Catalangate: Extensive Mercenary Spyware Operation against Catalans Using Pegasus and Candiru*, informe de 18 de abril de 2022.
- [16] Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia (BOE núm. 109, de 7 de mayo de 2002).
- [17] Para el Derecho comparado se consultaron Beck-online (Derecho alemán), Dalloz.fr (Derecho francés) y Westlaw UK (Derecho inglés).

PARTE PRIMERA

EL SILENCIO ANTES DEL DERECHO

1. El concepto de silencio: el problema de la definición

La dificultad de definir el silencio no es terminológica sino ontológica. La definición más inmediata —el silencio como ausencia de sonido— lo reduce a la pura negación, a la nada acústica, y con ello lo vacía de todo contenido. Pero el silencio no es la nada. El silencio que sigue a una pregunta sin respuesta no es lo mismo que el silencio de una habitación vacía. El silencio de quien calla ante una acusación no es lo mismo que el silencio de quien simplemente no tiene nada que decir. La ausencia de palabra puede ser tan cargada de significado como la palabra misma, y en ocasiones más.

El mito de la Torre de Babel es el primer gran relato de la tradición occidental sobre la relación entre lenguaje, comunicación y silencio. Antes de la confusión de las lenguas, los hombres se entendían: la palabra circulaba sin obstáculos entre los miembros de la comunidad, y esa circulación libre era la condición de la empresa colectiva. Después de la dispersión, el silencio —o más exactamente, la incomprensión que es una forma de silencio— separó lo que antes estaba unido. No es que los hombres dejaran de hablar: es que sus palabras dejaron de encontrar eco, de ser entendidas, de producir el efecto que el hablante buscaba. El silencio que siguió a Babel no fue ausencia sino ruptura de la comunión comunicativa, y esa ruptura es, en muchos sentidos, el problema que el Derecho lleva siglos intentando resolver: cómo establecer un código común que permita a los hombres entenderse sobre lo que dicen y sobre lo que callan.

Felipe Clemente de Diego, Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid cuando pronunció su discurso de ingreso en

1925 —el único trabajo monográfico sobre el silencio en el Derecho en lengua española, no superado en su sistematización un siglo después—,¹⁸ advirtió con precisión la dificultad conceptual que el silencio plantea al jurista. La etimología le sirve de punto de partida: «silencio», del latín *silentium*, derivado de *silere*, cuyo significado va más allá del mero callar con la lengua. Como observó tempranamente: «callar se debe, no sólo con la lengua, sino con la mente. No hay silencio donde sólo se halla ausente la palabra».¹⁹ La ausencia de sonido no es suficiente para constituir el silencio en sentido pleno: es necesaria la negación o abstención de todos los signos del lenguaje, incluidos los no verbales. Esta primera precisión tiene consecuencias jurídicas directas: el que calla con la lengua pero asiente con la cabeza, el que no responde verbalmente pero actúa como si hubiera aceptado, no está guardando silencio en el sentido técnico que el Derecho requiere para extraer consecuencias de esa conducta.

La caracterización de Demogue que De Diego recoge añade la dimensión jurídica fundamental: hay silencio en sentido jurídico cuando una persona, en el curso de su actividad permanente que es la vida, no ha manifestado su voluntad respecto a un acto jurídico, ni por una acción especial a ese efecto —voluntad expresa— ni por una acción de donde se puede deducir su voluntad —voluntad tácita.²⁰ El silencio jurídico es, pues, la ausencia simultánea de la declaración expresa y de la declaración tácita: no el vacío, sino el espacio que queda cuando las dos formas ordinarias de comunicación de la voluntad están ausentes y el ordenamiento debe decidir qué hacer con esa ausencia.

La sabiduría de la antigua Grecia ya había jerarquizado el dominio del silencio en tres grados que el tiempo no ha mejorado: el primer grado es saber callar; el segundo, hablar poco y moderarse en el discurso; el tercero, saber hablar mucho sin hablar mal y sin hablar demasiado. Tres grados que describen, desde la perspectiva de la comunicación humana, el mismo recorrido que el Derecho describe cuando pasa del silencio absoluto al silencio elocuente y de éste a la declaración expresa. Y la paradoja que Iván Roche formuló con la concisión del aforismo: «no calla quien calla sino quien no calla».^{21b} El silencio verdadero no es la mudez sino la expresión activa de quien domina el momento de no hablar.

El peligro que De Diego identificó con notable lucidez es el que sigue siendo el mayor riesgo metodológico en el análisis jurídico del silencio: quedarse «con la pura nada entre las manos».²¹ Si se define el silencio solo por lo que no es —no es expresión, no es manifestación, no es declaración— se corre el riesgo de operar con un concepto vacío. La salida de ese callejón no está en la

definición abstracta sino en el análisis de las circunstancias que acompañan al silencio: son ellas las que dotan al silencio de contenido y las que permiten al jurista extraer de él consecuencias fundadas.

Que ningún universitario español haya querido meterse en ese terreno desde 1925 no habla mal de quienes lo han evitado: habla de la dificultad del tema y del peso que De Diego dejó. El presente trabajo no pretende emularle, sino continuar desde donde él se detuvo, con cien años más de jurisprudencia, de Derecho comparado y de teoría constitucional.

2. El silencio como acto de habla: la aportación de Ricardo Escavy Zamora

El análisis lingüístico más completo y más pertinente para los propósitos de este discurso es el que el profesor Ricardo Escavy Zamora, catedrático de Lingüística General de la Universidad de Murcia, ha tenido la generosidad de elaborar específicamente para él.²² Su aportación —fruto de años de dedicación a la pragmática del silencio— proporciona el fundamento teórico sobre el que descansa todo el recorrido jurídico que las partes siguientes desarrollan.

La tesis central de Escavy es tan sencilla en su formulación como profunda en sus implicaciones: el silencio es un fenómeno esencialmente lingüístico. No está fuera del lenguaje, como su negación o su límite exterior, sino dentro de él, como uno de sus elementos constitutivos. Esta afirmación, que puede parecer paradójica a primera vista, se vuelve evidente en cuanto se reflexiona sobre la naturaleza del lenguaje humano: el lenguaje no es una cadena continua de sonidos sino una articulación de unidades significativas separadas por pausas, cortes y silencios que son tan parte del mensaje como las palabras mismas. La música sin silencios —sin pausas, sin silencios entre las notas— no es música sino ruido. El discurso sin silencios —sin pausas, sin momentos de escucha— no es comunicación sino monólogo.

Para desarrollar esta tesis, Escavy se apoya en la tradición que arranca de Ogden y Richards —cuya obra *The Meaning of Meaning*, publicada en 1923, es el punto de referencia fundamental para la teoría del significado en el siglo XX—²³ y en el estructuralismo saussureano que distingue entre la lengua como sistema y el habla como actualización individual de ese sistema. El silencio pertenece a ambos planos: hay silencios que forman parte del sistema —las pausas que delimitan las unidades fonológicas, morfológicas y sintácticas— y hay silencios que son actos de habla individuales, cargados de intención y de significado contextual.

En la teoría de los actos de habla que arranca de Austin,²⁴ el silencio puede ser tan locucionario, ilocucionario y perlocucionario como la palabra. Un silencio tiene una dimensión locucionaria —es un acto con contenido físico y semántico—. Tiene una dimensión ilocucionaria —expresa una intención: puede ser un silencio de acuerdo, de rechazo, de amenaza, de duelo, de respeto—. Y tiene una dimensión perlocucionaria —produce efectos en el interlocutor—. Cuando un juez guarda silencio mientras el acusado habla, ese silencio no es indiferencia: es escucha activa, y el acusado lo sabe. Cuando un testigo calla ante una pregunta directa, ese silencio no es ausencia de respuesta: es una respuesta cuyo contenido el tribunal debe interpretar con arreglo a criterios precisos.

Escavy sistematiza las acepciones del término «silencio» con una precisión que resulta directamente útil para el análisis jurídico. La primera acepción es el silencio como pausa interna del discurso: los cortes y silencios que articulan las unidades verbales y que, lejos de interrumpir la comunicación, la organizan y la hacen comprensible. La segunda acepción es el silencio como elipsis: la omisión de elementos que el receptor puede recuperar por las reglas del código y por el contexto. En Derecho, la elipsis —la omisión de lo que debería haberse dicho— es frecuentemente el núcleo del problema: el contrato que no menciona el saneamiento, el testamento que guarda silencio sobre determinados bienes, la resolución administrativa que no responde a todos los argumentos del solicitante.

La tercera acepción es la más cargada de consecuencias jurídicas: el silencio como ausencia de respuesta esperada. Cuando la situación comunicativa genera una expectativa de respuesta —una oferta contractual que aguarda aceptación, una pregunta directa que reclama contestación, una acusación que exige réplica— la ausencia de esa respuesta no es neutral. La cuarta acepción, la más compleja pragmáticamente, es el silencio como reticencia deliberada: la omisión intencional de lo que podría y debería decirse, cuya omisión es ella misma un mensaje. El testigo que altera la verdad «con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que le fueran conocidos» —en la formulación del artículo 460 del Código Penal—²⁵ está usando el silencio como instrumento de engaño. El funcionario que clasifica como secretos documentos que revelarían conductas ilegales está usando el silencio institucional como instrumento de impunidad.

El análisis pragmático que Méndez Guerrero y Camargo Fernández han desarrollado a lo largo de una década de estudios de corpus sobre la conver-

sación española proporciona la descripción empírica más rigurosa del silencio disponible en la lingüística hispánica.²⁶ En su investigación más reciente, Méndez Guerrero establece cuatro grandes tipos de silencios en la conversación coloquial en español que resultan de especial utilidad para el análisis jurídico.^{26c}

Los silencios discursivos actúan como indicadores que guían las inferencias de los participantes y señalan la función comunicativa que se está expresando: mostrar acuerdo o desacuerdo, intensificar o atenuar, indicar engaño o enmascaramiento, argumentar o ironizar. Los silencios estructuradores responden a reglas o principios que organizan la conversación: distribución del turno, respuesta despreferida, cambio de tema. Los silencios epistémicos y psicológicos tienen un alto componente emocional y cognitivo: expresan la vacilación, la cautela, la reflexión o el desconocimiento del hablante. Y los silencios normativos están fuertemente regidos por las convenciones extralingüísticas de un grupo de hablantes: los principios y valores que los hablantes aceptan y practican en sus interacciones al considerarlos idóneos.

Esta cuádruple taxonomía tiene una aplicación jurídica directa que el análisis lingüístico raramente lleva a sus consecuencias. Los silencios discursivos son el material del que está hecho el silencio-declaración en el Derecho contractual: el silencio que muestra acuerdo, que señala engaño o enmascaramiento, que argumenta tácitamente. Los silencios estructuradores son el mecanismo mediante el cual la aquiescencia internacional del Estado opera: el Estado que no toma el turno de la protesta ante la práctica reiterada de otro Estado está guardando un silencio estructurador con consecuencias jurídicas vinculantes. Los silencios epistémicos y psicológicos son los que el proceso penal tiene que tratar con mayor cuidado: el silencio del imputado que vacila, que reflexiona, que expresa su estado emocional no puede ser interpretado como silencio aprobatorio ni como silencio incriminatorio. Y los silencios normativos son los que Kurzson ha denominado silencios situacionales: los que se producen en tribunales, hospitales, escuelas, campos de batalla, prisiones,^{26d} aquellos en que la institución define el significado del silencio antes de que el individuo pueda optar entre callar y hablar.

Una dimensión adicional de esta investigación resulta especialmente relevante para la teoría jurídica del silencio: el concepto de significado procedimental. Méndez Guerrero demuestra que el silencio puede funcionar como un elemento con significado procedimental, al igual que los marcadores discursivos: no transmite un contenido semántico determinado sino que proporciona instruc-

ciones para el procesamiento inferencial, orientando la interpretación del mensaje hacia determinadas inferencias y descartando otras. Esta función procedimental del silencio es precisamente la que el Derecho intenta capturar cuando establece las condiciones bajo las cuales el silencio produce efectos jurídicos: la norma convierte el silencio en un marcador procedimental cuya función es guiar al ordenamiento hacia la consecuencia establecida por la ley o por el contrato.^{26e}

Leoncio Taipe Javier ha desarrollado esta dimensión desde la semiótica comunicacional, proponiendo una taxonomía de diez tipos —la «polifonía semiótica del silencio»— que resulta de singular utilidad para el jurista porque permite identificar, detrás de cada silencio jurídicamente relevante, la función comunicativa que lo sustenta.^{26b} El silencio prudente —saber callar oportunamente considerando el momento y las personas— es la figura que subyace a la abstención negocial y al ejercicio legítimo del *nemo tenetur*: quien calla porque es el momento de callar. El silencio aprobatorio —el consentimiento otorgado a lo que se escucha como señal de atención y aceptación— es la base de la doctrina del silencio elocuente en el Derecho contractual: el silencio que «habla» porque la expectativa de respuesta era razonable y el contexto hace comprensible su alcance. El silencio diplomático —la reserva prudente que no revela todos los pensamientos ni explica toda la conducta— es el modelo del secreto profesional y del secreto de Estado en su forma legítima: el escudo, en la terminología de este discurso, frente al escondrijo. El silencio despectivo —no dignarse a responder a quien nos habla— es el patrón de la inactividad administrativa ilegítima: la Administración que no resuelve no ejerce una prerrogativa sino que comete el escándalo que Sainz de Robles denunció. Y el silencio artificioso —callar para sorprender o para responder de modo engañoso— es el fundamento del delito de reticencia del artículo 460 del Código Penal y del dolo por omisión en el Derecho Civil: el silencio que miente.

Esta correspondencia entre la taxonomía semiótica y las categorías jurídicas no es casual: el Derecho, como sistema de comunicación que es, no hace sino capturar con sus propias categorías las funciones comunicativas que el silencio ha desempeñado en el lenguaje humano desde mucho antes de que existiera ninguna norma positiva.

3. El silencio en la tradición filosófica: una pincelada

El silencio que el Derecho regula no nace con el Derecho. Antes de que el ordenamiento se pronuncie sobre él, el silencio ha sido pensado por la filosofía

con una densidad que el jurista no puede ignorar sin empobrecer su comprensión del objeto. Una pincelada basta para situar las cuatro voces que más han marcado la tradición occidental, sin perjuicio de que la Parte Decimocuarta de este discurso desarrolle, *in extenso*, cinco voces de la filosofía contemporánea que han pensado el silencio en su dimensión específicamente jurídico-política.

La tradición presocrática inauguró la reflexión filosófica sobre el silencio con un gesto de gran consecuencia. Parménides, en sus fragmentos conservados, identificó el silencio del no-ser como la frontera última del pensamiento: lo que no es no puede ser dicho ni pensado, y esa imposibilidad marca el horizonte mismo del decir filosófico.²⁷ La intuición parmenídea sobrevive transformada en toda la filosofía posterior: hay un silencio que es el límite del lenguaje y un silencio que es la condición de la palabra. Distinguir uno de otro es el primer ejercicio de la disciplina.

Esa intuición encuentra su formulación más célebre en Wittgenstein, cuya doble filosofía marca dos modos opuestos de pensar el silencio en el siglo XX. El primer Wittgenstein —el del *Tractatus Logico-Philosophicus* de 1921— cierra su obra con la proposición que se ha hecho proverbial: «sobre lo que no se puede hablar, hay que guardar silencio».²⁸ El silencio es aquí el límite de lo decible, el confín donde el lenguaje se detiene ante lo que solo puede mostrarse. El segundo Wittgenstein —el de las *Investigaciones filosóficas* publicadas póstumamente en 1953— corrige profundamente esa posición: el lenguaje no es un sistema lógico autónomo sino una forma de vida, y el silencio no es el límite exterior del decir sino una de sus modulaciones internas, situada en el uso compartido y en las prácticas humanas concretas.²⁹ Esta corrección importa al jurista: el silencio jurídico no es lo que cae fuera del Derecho, sino una de las maneras en que el Derecho mismo opera.

Heidegger introdujo en la reflexión sobre el silencio una dimensión que prolonga y complica las anteriores: el silencio como modo del lenguaje en sentido ontológico, no como simple cesación del decir. En *Ser y tiempo* (1927), el callar —*Schweigen*— es un *existencial* del Dasein tan originario como el hablar, y solo quien tiene algo que decir puede genuinamente callar.³⁰ El silencio heideggeriano no es vacío sino reserva, retención de aquello que no se entrega al lenguaje cotidiano. Esta posición tendrá un eco prolongado en la filosofía continental del siglo XX y, por vías indirectas, en la fenomenología jurídica.

Conviene mencionar, para no occidentalizar excesivamente el cuadro, la tradición zen budista que Daisetz T. Suzuki acercó al pensamiento europeo a partir de los años veinte. El *koan* —la formulación paradójica que el maestro

propone al discípulo y cuya respuesta no se busca en la palabra sino en una transformación de la conciencia— constituye una forma de silencio cognitivo radicalmente distinta de la tradición occidental.³¹ No es el silencio del límite ni el de la reserva existencial: es el silencio que enseña lo que ninguna palabra puede transmitir. La mención, aun breve, evita que el discurso reproduzca el provincianismo filosófico que con frecuencia limita el análisis del silencio al horizonte europeo.

Estas cuatro voces —Parménides, las dos filosofías de Wittgenstein, Heidegger y la tradición zen— forman el sustrato histórico-filosófico mínimo desde el que el jurista puede acercarse al silencio sin reducirlo a su dimensión meramente técnica.³² La Parte Decimocuarta retomará y desarrollará el horizonte filosófico desde otras coordenadas: las de la filosofía política y jurídica del siglo XX, encarnada en las cinco voces de Arendt, Canetti, Foucault, Derrida y Agamben. Aquí basta con dejar señalado que el silencio del Derecho es uno entre otros silencios, y que su comprensión gana profundidad cuando se sitúa en el cuadro general que la filosofía ha venido pintando desde hace dos mil quinientos años.³³

4. Los silencios forzados: cuando el Poder calla o hace callar

No todo silencio es libre. Hay silencios que el poder impone, silencios que el miedo produce sin necesidad de prohibición expresa y silencios que la complicidad consolida hasta convertirlos en muros que la verdad no puede atravesar. La historia de esos silencios forzados es, en muchos aspectos, la historia del poder en su relación con los gobernados.

La prohibición de hablar y enseñar es tan antigua como la institución que la practica. La Iglesia medieval perfeccionó el instrumento de la condena al silencio doctrinal. Lutero representó el momento en que ese mecanismo encontró su límite: ante la Dieta de Worms en 1521, pronunció —o acaso apócrifamente se le atribuyó— la respuesta que define el umbral más allá del cual el silencio se vuelve imposible para quien tiene conciencia: «Aquí me mantengo, no puedo hacer otra cosa». ³⁴ El siglo XX ofreció versiones contemporáneas del mismo dilema: el caso Hans Küng, al que la Congregación para la Doctrina de la Fe retiró la autorización para enseñar como teólogo católico en 1979; los casos de Monseñor Óscar Romero y del padre Ignacio Ellacuría, asesinados precisamente para que callaran. ³⁵

Pero el silencio forzado más eficaz no es el que se impone por la violencia sino el que se produce por miedo. Es el mecanismo que Elisabeth Noelle-Neu-

mann analizó con una precisión insuperada en su teoría de la espiral del silencio: los individuos que perciben que su opinión es minoritaria o impopular tienden a callarse para evitar el aislamiento social, y ese silencio masivo crea la apariencia de un consenso que no existe, lo que a su vez intimida a quienes podrían haber disentido, reforzando la espiral en una dinámica de autocensura progresiva.³⁶ La sociedad no necesita censores cuando tiene ciudadanos que se censuran a sí mismos por miedo a quedar aislados.

Adela Cortina ha prolongado ese análisis hacia la «presunta moralización de la sociedad» que la espiral del silencio puede producir cuando opera en el plano de los valores éticos.³⁷ Los versos de Quevedo que abren su texto resuenan con una actualidad que el poeta del siglo XVII no podía prever: «¿Siempre se ha de sentir lo que se dice? ¿Nunca se ha de decir lo que se siente?»

La relación entre el silencio forzado y el Derecho tiene también una dimensión que Habermas ha explorado desde la teoría de la acción comunicativa: el discurso jurídico es, en su forma ideal, un discurso en que todos los participantes tienen igual derecho a hablar, a cuestionar, a proponer y a rechazar.³⁸ La validez de las normas jurídicas descansa en ese procedimiento de discurso libre de dominación. Cuando el silencio es forzado, el procedimiento queda contaminado y las normas que produce pierden su pretensión de legitimidad.

La dimensión más perturbadora de esos silencios forzados —la que conecta esta Parte Primera con la Décima— es la del secreto de Estado como instrumento de silenciamiento. Cuando el Estado clasifica como secretas las pruebas de sus propios crímenes, cuando invoca la razón de Estado para impedir que los jueces accedan a documentos que podrían incriminar a sus funcionarios, el silencio deja de ser una categoría lingüística o filosófica para convertirse en un instrumento de impunidad. Eso es lo que Bobbio llamó el «poder invisible»: el poder que no rinde cuentas porque ha construido los instrumentos jurídicos que le permiten no rendirlas.³⁹

5. El silencio en el lenguaje jurídico: del fenómeno comunicativo al Derecho

El tránsito de la reflexión lingüística y filosófica sobre el silencio al análisis jurídico no es un salto sino un desplazamiento natural. El Derecho es lenguaje —un lenguaje construido sobre palabras y silencios, como Sánchez Martínez ha demostrado en su notable trabajo—⁴⁰ y los problemas que el

silencio plantea al lingüista y al filósofo son los mismos que plantea al jurista, aunque con consecuencias prácticas de una intensidad que aquellas disciplinas no conocen. La dimensión propiamente jurídico-política del silencio filosófico contemporáneo se desarrolla, *in extenso*, en la Parte Decimocuarta de este discurso, donde cinco voces —Arendt, Canetti, Foucault, Derrida y Agamben— iluminan retrospectivamente el material dogmático que las trece Partes precedentes habrán desplegado. Aquí, en este punto del recorrido, basta con la articulación entre fenómeno comunicativo y respuesta jurídica.

El Derecho reacciona ante el silencio de múltiples maneras. En el Derecho Privado, el silencio de quien podría y debería hablar puede interpretarse como consentimiento. En el Derecho Procesal penal, el silencio del investigado es un derecho fundamental que el ordenamiento protege expresamente. En el Derecho Administrativo, el silencio de la Administración ante las solicitudes de los ciudadanos es una patología institucional que el legislador ha intentado disciplinar con resultados insuficientes. En el Derecho Constitucional, la libertad de expresión incluye el derecho al silencio como su dimensión negativa indispensable.

El principio romano *qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est eum non negare* —quien calla no necesariamente confiesa, pero es verdad que no niega— y su contrafigura *qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset* —quien calla parece consentir si debió y pudo hablar— definen la tensión fundamental que el Derecho debe resolver caso a caso.⁴¹ Cuando el silencio es indiferente jurídicamente y cuándo genera consecuencias: ahí reside el problema central de toda teoría jurídica del silencio.

Gema Tomás ha trazado con rigor histórico el origen de la regla *qui tacet consentire videtur* en el Derecho Canónico medieval: el papa Bonifacio VIII la introdujo en el *Liber Sextus* de las Decretales, recogiendo una tradición que hunde sus raíces en las fuentes romanas.⁴² Su traslado al Derecho Civil y su difusión popular han generado la ilusión de que se trata de una máxima de validez general, cuando en realidad es una norma técnica de alcance restringido que la jurisprudencia moderna ha tenido que matizar constantemente para evitar sus aplicaciones abusivas.

De Diego, desde 1925, y Sánchez Martínez, desde 2019,⁴³ marcan el mismo territorio con casi un siglo de distancia: el silencio es uno de los fenómenos más complejos que el Derecho debe afrontar, precisamente porque su naturaleza —ni la pura nada ni la plena afirmación, ni simple ausencia ni inequívoca presencia— resiste las categorías binarias que el lenguaje jurídico prefiere.

6. Un apunte: el silencio en el arte

El recorrido que esta Parte Primera ha realizado por el silencio quedaría incompleto sin señalar, aunque sea brevemente, que el silencio es también una de las materias primas fundamentales del arte. El artista —el cineasta, el pintor, el poeta, el compositor— ha sabido siempre lo que el lingüista ha tardado en demostrar y lo que el jurista todavía no termina de asumir del todo: que el silencio no es la ausencia de la obra sino una de sus formas más expresivas.

En el cine, como ha demostrado Gustavo Montes en su análisis del silencio en el diálogo cinematográfico, la ausencia de palabra no interrumpe el relato sino que lo condensa.⁴⁴ El silencio cinematográfico tiene una dimensión ilocucionaria —expresa una intención del personaje— y una dimensión perlocucionaria —produce un efecto en el espectador— que la palabra, demasiado explícita, demasiado directiva, no siempre puede alcanzar. La escena de *El padrino* en que Vito Corleone guarda silencio ante la propuesta de Sollozzo no necesita palabras: el silencio del patriarca es la respuesta más completa posible, la que comunica autoridad, deliberación y decisión irreversible sin pronunciar una sílaba.

En la pintura, Héctor Villarroel ha recorrido con sensibilidad la tradición de la lírica muda que arranca del Plutarco que dijo que «la pintura es una poesía muda, la poesía un cuadro que habla».⁴⁵ El silencio se hace presente en la imagen de múltiples maneras: en el inmovilismo contemplativo de Vermeer, en la soledad sobrecogedora de los paisajes de Caspar David Friedrich, en la modestia casi austera de las naturalezas muertas de Giorgio Morandi, donde los objetos se exhiben en su silencio material con una intensidad que ninguna palabra podría alcanzar.

En la música, el silencio ha adquirido en el siglo XX una dimensión radical. John Cage compuso su célebre 4'33" en 1952, una partitura en que el intérprete no toca ninguna nota durante cuatro minutos y treinta y tres segundos: el silencio es la obra, y lo que se escucha en la sala —los sonidos ambientales, las respiraciones del público, los ruidos del edificio— se convierte en música.⁴⁶ La provocación de Cage es también una demostración filosófica: el silencio absoluto no existe. Lo que existe es la atención al silencio, que revela lo que siempre estuvo ahí pero no se escuchaba.

Esa doble presencia del silencio en el arte —como tema y como método, como contenido y como forma— es la que este trabajo intenta trasladar al análisis jurídico: el Derecho no solo regula el silencio como fenómeno externo

a él; también lo practica, lo usa, lo genera y lo sufre. El silencio, en definitiva, no es la nada. Es una forma de ser en el mundo que el lenguaje, el pensamiento y el ordenamiento jurídico nunca acaban de agotar.

NOTAS

- [18] CLEMENTE DE DIEGO, F., *op. cit. supra* nota 4. El discurso fue pronunciado el 25 de enero de 1925 ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, de la que De Diego era Presidente.
- [19] CLEMENTE DE DIEGO, F., *op. cit. supra* nota 4.
- [20] DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, t. I, Librairie Arthur Rousseau, París, 1923, págs. 89 y ss. Citado en CLEMENTE DE DIEGO, F., *op. cit. supra* nota 4.
- [21] CLEMENTE DE DIEGO, F., *op. cit. supra* nota 4.
- [21b] ROCHE, I., aforismo recogido en el cuerpo del texto.
- [22] El autor agradece al Prof. Dr. Ricardo Escavy Zamora, catedrático de Lingüística General de la Universidad de Murcia, el análisis sobre la relación entre silencio y lenguaje que ha tenido la generosidad de elaborar específicamente para este discurso. Su contribución ha sido decisiva para la mejor comprensión del silencio como fenómeno lingüístico que subyace en el análisis jurídico posterior.
- [23] OGDEN, C. K. y RICHARDS, I. A., *The Meaning of Meaning. A Study of the Influence of Language upon Thought and of the Science of Symbolism*, Kegan Paul, Londres, 1923.
- [24] AUSTIN, J. L., *How to Do Things with Words*, Oxford University Press, Oxford, 1962 [trad. esp.: *Cómo hacer cosas con palabras*, Paidós, Barcelona, 1982].
- [25] Art. 460.1 CP (LO 10/1995, de 23 de noviembre): «El testigo que [...] faltare a la verdad [...] con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que le fueran conocidos».
- [26] CAMARGO FERNÁNDEZ, L. y MÉNDEZ GUERRERO, B., «La pragmática del silencio en la conversación en español. Propuesta taxonómica a partir de conversaciones coloquiales», *Sintagma*, núm. 26 (2014), págs. 103-118.
- [26b] TAIPE JAVIER, L., «La polifonía semiótica del silencio».

- [26c] MÉNDEZ GUERRERO, B., investigación más reciente sobre los cuatro grandes tipos de silencios en la conversación coloquial en español.
- [26d] KURZON, D., *Discourse of Silence*, John Benjamins, Amsterdam-Philadelphia, 1998.
- [26e] MÉNDEZ GUERRERO, B., sobre el silencio como elemento con significado procedimental.
- [27] PARMÉNIDES de Elea, *Fragmentos*, ed. y trad. de A. Bernabé, Alianza, Madrid, 2007, fr. DK 28B 6.
- [28] WITTGENSTEIN, L., *Tractatus Logico-Philosophicus*, prop. 7, trad. esp. de J. Muñoz e I. Reguera, Alianza, Madrid, 1973.
- [29] WITTGENSTEIN, L., *Philosophische Untersuchungen*, Blackwell, Oxford, 1953 [trad. esp.: *Investigaciones filosóficas*, Crítica-UNAM, Barcelona-México, 1988]. Sobre la diferencia entre las dos filosofías de Wittgenstein y su relevancia para la teoría del Derecho, ATIENZA, M., *Las razones del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- [30] HEIDEGGER, M., *Sein und Zeit*, Max Niemeyer, Halle, 1927 [trad. esp.: *El ser y el tiempo*, FCE, México, 1951], §§ 34-35.
- [31] SUZUKI, D. T., *Essays in Zen Buddhism*, Luzac, Londres, 1927. Sobre el *koan* como forma de silencio cognitivo.
- [32] La elección de estas cuatro voces —Parménides, las dos filosofías de Wittgenstein, Heidegger y la tradición zen budista a través de Suzuki— responde a un criterio de mínimo histórico-filosófico, no de exhaustividad. La filosofía del silencio en sentido amplio es objeto de una literatura desbordante, de la que aquí solo se recogen los hitos imprescindibles para situar al jurista en el horizonte previo desde el que el Derecho aborda su propia problemática del silencio.
- [33] La Parte Decimocuarta de este discurso desarrollará el horizonte filosófico contemporáneo del silencio en sus dimensiones específicamente jurídico-políticas, mediante el análisis de cinco voces del siglo XX: Hannah Arendt, Elias Canetti, Michel Foucault, Jacques Derrida y Giorgio Agamben. La presente sección de la Parte Primera se limita a situar el sustrato histórico mínimo —Parménides, Wittgenstein, Heidegger, Suzuki— sobre el que esa elaboración contemporánea descansa.
- [34] Sobre la Dieta de Worms (1521) y la autenticidad de las palabras atribuidas a Lutero, BRECHT, M., *Martin Luther*, vol. I, Fortress

- Press, Minneapolis, 1985, págs. 455-460. La formulación «*Hier stehe ich, ich kann nicht anders*» es probablemente apócrifa, pero resume con precisión la posición expresada en el acta de la sesión.
- [35] Sobre los casos de silencio forzado en el siglo XX, KÜNG, H., *My Struggle for Freedom*, Continuum, Nueva York, 2003, págs. 490-510; sobre ROMERO, O. A., y ELLACURÍA, I., *vid.* SOBRINO, J., *Archbishop Romero: Memories and Reflections*, Orbis Books, Nueva York, 1990.
- [36] NOELLE-NEUMANN, E., *The Spiral of Silence: Public Opinion — Our Social Skin*, University of Chicago Press, Chicago, 1984 [trad. esp.: *La espiral del silencio*, Paidós, Barcelona, 1995].
- [37] CORTINA, A., *El quehacer ético*, Santillana, Madrid, 1996, pág. 98. La cita de Quevedo procede de la «Epístola satírica y censoria contra las costumbres presentes de los castellanos», en *Obra Poética*, vol. I, Castalia, Madrid, 1969.
- [38] HABERMAS, J., *Theorie des kommunikativen Handelns*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1981 [trad. esp.: *Teoría de la acción comunicativa*, Taurus, Madrid, 1987], t. I, págs. 369-452.
- [39] BOBBIO, N., *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1984 [trad. esp.: *El futuro de la democracia*, FCE, México, 1986], págs. 23-24. La expresión «*il potere invisibile*» —poder invisible— fue desarrollada monográficamente en BOBBIO, N., *Democrazia e segreto*, Einaudi, Torino, 2011 [trad. esp.: *Democracia y secreto*, FCE, México, 2013].
- [40] SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.^a O., «Un derecho de palabras y silencio», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2019, págs. 181-209.
- [41] Dig. 50, 17, 142 (Paulo): «*Qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est eum non negare*». Sobre la historia de la máxima canónica y su recepción civil, TOMÁS MARTÍNEZ, G., «Fuentes jurídicas del principio *qui tacet consentire videtur*. Realidad jurídica versus difusión social», *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*.
- [42] TOMÁS MARTÍNEZ, G., *op. cit. supra* nota 41. El papa Bonifacio VIII introdujo la máxima en el *Liber Sextus Decretalium* (1298), Libro V, tit. 12, *De regulis iuris*, reg. 43.
- [43] SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.^a O., *op. cit. supra* nota 40.
- [44] MONTES, G., «El silencio en el diálogo cinematográfico», *Enlaces: revista del CES Felipe II*, núm. 10 (2009).
- [45] VILLARROEL, H., «El concepto de silencio en la pintura», en blog *Encima de la niebla*, <https://encimadelaniebla.com/el-concepto-de-si->

lencio-en-la-pintura/. La cita de Plutarco procede de *De gloria Atheniensium*, III, 346 f.

- [46] CAGE, J., 4'33" (1952), partitura para cualquier instrumento o combinación de instrumentos. Sobre el significado filosófico de la obra, CAGE, J., *Silence: Lectures and Writings*, Wesleyan University Press, Middletown, 1961, págs. 7-10.

PARTE SEGUNDA

EL SILENCIO EN EL DERECHO PRIVADO

1. El punto de partida: el silencio como problema jurídico

Hay una circunstancia bibliográfica que dice más sobre la dificultad del objeto que cualquier definición: cuando Felipe Clemente de Diego pronunció en 1925 su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación bajo el título *El silencio en el Derecho*, señaló expresamente que no existía ningún trabajo monográfico sobre el silencio en el Derecho en lengua española. Un siglo después, esa soledad bibliográfica no ha sido plenamente superada.⁴⁷ Hay artículos, hay capítulos, hay análisis sectoriales de notable calidad; pero el tratamiento sistemático y panorámico del silencio en el conjunto del ordenamiento jurídico sigue siendo una asignatura pendiente de la ciencia jurídica española. La presente investigación es, entre otras cosas, un intento de contribuir a saldar esa deuda.

La dificultad no es accidental. El silencio plantea al jurista un problema estructural que no plantean otros objetos de análisis: es una realidad que se define por la negación —la ausencia de palabra, de signo, de manifestación— y que sin embargo produce efectos tan reales y tan graves como la declaración más explícita. El ordenamiento jurídico se construye sobre la comunicación —sobre el intercambio de declaraciones, de actos, de signos que permiten a los sujetos de Derecho conocer las posiciones, las intenciones y las obligaciones de los demás— y el silencio es la interrupción de esa comunicación en el punto en que era esperada y necesaria. Tratar jurídicamente ese silencio exige resolver una paradoja: cómo atribuir consecuencias a algo que por definición no ha ocurrido.

El punto de partida dogmático que la ciencia jurídica moderna ha elaborado para afrontar esa paradoja es la teoría del negocio jurídico desarrollada

por la Pandectística alemana del siglo XIX. Savigny descubrió en las fuentes romanas casos en que el silencio producía efectos jurídicos, pero extrajo de ese descubrimiento una conclusión que la doctrina posterior ha debatido sin agotar: esos casos son *numerus clausus*, supuestos excepcionales fundados en circunstancias específicas que no admiten generalización. La regla es que el silencio jurídicamente no es nada; la excepción, que en determinadas circunstancias sea algo. Cuáles son esas circunstancias, cómo se identifican y qué consecuencias producen: ahí reside el problema jurídico del silencio en el Derecho privado.

2. El silencio y la declaración de voluntad: entre la expresión y la omisión

Para que nazca un negocio jurídico es necesario que la voluntad individual se exteriorice. Los estados internos del alma, por sí solos, no pueden tener valor para el Derecho. De Castro lo formuló con la precisión que caracteriza su obra: «la expresión o manifestación de voluntad es necesaria en el acto jurídico, porque los estados internos del alma, por sí, no pueden tener valor para el Derecho; sólo traídos hacia fuera y manifestados, dados a conocer a los demás, es como adquieren trascendencia social y estado jurídico».⁴⁸

La doctrina distingue entre dos formas de exteriorización de la voluntad. La declaración expresa es aquella en que el declarante comunica su voluntad mediante signos específicamente destinados a ese fin. La declaración tácita —también denominada *facta concludentia* en la tradición romanista— es aquella en que la voluntad no se manifiesta directamente sino que se infiere necesariamente de actos que, sin tener por objeto la declaración, la presupon.

El silencio no encaja en ninguna de las dos categorías. No es declaración expresa porque no usa signos destinados a comunicar; pero tampoco es declaración tácita en el sentido estricto, porque no consiste en un acto positivo del que pueda inferirse la voluntad. Es, como ha señalado Díez-Picazo, la ausencia simultánea de las dos formas reconocidas de exteriorización: quien guarda silencio no declara nada y, en principio, no puede decirse que callando se manifieste ninguna voluntad, porque el silencio es compatible con cualquier estado interior.⁴⁹

De ahí la regla general que la jurisprudencia española ha mantenido con notable consistencia desde la STS de 19 de diciembre de 1990: el silencio no es indiferente para el Derecho, pero tampoco es siempre consentimiento. El

Tribunal Supremo no afirma que el silencio sea siempre consentimiento — eso sería contrario a la regla *qui tacet non utique fatetur*— sino que en algunos casos puede serlo. El problema jurídico consiste precisamente en determinar cuáles son esos casos.⁵⁰

3. *Qui tacet consentire videtur*: las circunstancias que transforman el silencio

La regla canónica que el papa Bonifacio VIII introdujo en el *Liber Sextus* de las Decretales —*qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset*, quien calla parece consentir si debió y pudo hablar— no es la negación de la regla pauliana sino su complemento necesario.⁵¹ Ambas son verdaderas al mismo tiempo porque describen situaciones distintas: la primera —*qui tacet non utique fatetur*— describe el silencio puro, el de quien calla sin que la situación generara ninguna expectativa de respuesta; la segunda describe el silencio cualificado, el de quien calla en circunstancias que hacían que hablar fuera no solo posible sino obligado.

Pérez Álvarez ha sistematizado con rigor esta distinción en su análisis del valor jurídico del silencio en la teoría del negocio jurídico.⁵² El silencio simple o absoluto no produce efectos jurídicos. El silencio cualificado o circunstanciado puede ser interpretado como consentimiento cuando concurren circunstancias de cuatro tipos: la existencia de relaciones previas entre las partes que hayan generado una práctica establecida; la obligación legal o convencional de responder; la conexión del silencio con actos anteriores del mismo sujeto incompatibles con el desconocimiento de la situación; y las exigencias de la buena fe en el tráfico.

De Diego fue también el primero en advertir que no todo lo que la práctica presenta como silencio lo es en sentido técnico. Su análisis identifica tres figuras que conviene no confundir: la declaración tácita de voluntad —quien no habla pero actúa de un modo del que la voluntad se infiere—; la omisión del ejercicio de un derecho dentro del plazo que la ley señala —donde lo relevante es la inacción y el transcurso del tiempo—; y el silencio jurídico en sentido técnico y preciso, que Gabba denominó silencio absoluto: la ausencia simultánea de declaración expresa y declaración tácita, la inexpressión total de quien calla ante el acto o la proposición de otro sin que ningún hecho positivo suyo despeje el enigma de su voluntad.⁵³ Solo en este tercer supuesto se plantea en puridad el problema jurídico del silencio.

4. El silencio en el Derecho Civil: recorrido por los grandes ámbitos

4.1. *La doctrina del silencio elocuente: jurisprudencia del Tribunal Supremo*

La doctrina del silencio elocuente es una construcción jurisprudencial de la Sala Primera que no tiene correlato normativo explícito en el Código Civil, pero que la Sala Primera ha anclado sistemáticamente en el principio de buena fe del artículo 1258 CC.⁵⁴ La idea central es que el silencio puede, en determinadas circunstancias, ser tan expresivo como las palabras: cuando quien calla conoce perfectamente la propuesta que se le hace y debería, si discrepara, manifestarlo así, su inacción se interpreta como conformidad.

La STS 507/2019, de 1 de octubre (ECLI:ES:TS:2019:3011), es la resolución de referencia de la Sala Primera en esta materia.⁵⁵ Estableció con claridad meridiana la regla fundamental: el conocimiento no equivale al consentimiento. Que una parte tenga información sobre una propuesta no significa que la haya aceptado; es necesario que las circunstancias sean tales que la falta de respuesta solo pueda interpretarse como conformidad. La sentencia identificó los dos elementos que el tribunal debe verificar para dar eficacia jurídica al silencio: el elemento subjetivo —el conocimiento efectivo de la propuesta, no meramente presumido— y el elemento objetivo —la existencia de una obligación de contestar o de la normalidad de responder, derivada de los usos, las relaciones previas o la propia situación jurídica—.

La STS de 29 de junio de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2507) profundizó en el concepto de elocuencia del silencio.⁵⁶ El Tribunal razonó que no es suficiente con que las circunstancias sugieran la conformidad: es necesario que las circunstancias «excluyan cualquier interpretación diferente a la de conformidad con la propuesta». El silencio ambiguo —el que podría interpretarse tanto como conformidad como como indiferencia o ignorancia— no produce efectos jurídicos.

Esta doctrina es plenamente coherente con la posición del Derecho comparado y de los instrumentos de unificación. El artículo 18.1 de la CISG establece que el silencio no vale como aceptación por sí solo, pero que la conducta del destinatario que revele asentimiento sí vale.⁵⁷ Los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL) establecen en su artículo 2:204(2) que «el silencio o la inacción no constituyen aceptación».⁵⁸ La Propuesta de Modernización del Código Civil de 2023 sigue esta línea con el artículo 1250.⁵⁹

4.2. *Personas y familia*

En el Derecho de la persona y de la familia, el legislador ha optado en varios supuestos por exigir declaración expresa precisamente para evitar que el silencio produzca efectos en ámbitos en que la ambigüedad sería incompatible con la seguridad jurídica. La reconciliación de los cónyuges tras la separación —regulada en el art. 84 CC— no puede producirse por silencio: la ley exige que sea expresa.⁶⁰ En dirección contraria, el silencio del ausente de hecho genera una situación de incertidumbre jurídica que los arts. 181 y siguientes del CC abordan mediante el mecanismo de la declaración de ausencia legal, que convierte el silencio fáctico en una situación jurídicamente definida.⁶¹

4.3. *Obligaciones y contratos*

En el Derecho de obligaciones y contratos, los supuestos de silencio son numerosos y sus consecuencias muy diversas. El art. 1258 CC —que extiende los efectos del contrato no solo a lo expresamente pactado sino también a sus consecuencias según la buena fe, el uso y la ley— es el precepto que mejor recoge la función integradora que el silencio de las partes impone al intérprete: lo que las partes no dijeron debe ser suplido por lo que la buena fe y los usos del tráfico exigirían que dijeran.⁶²

Díez-Picazo ha organizado estos supuestos en torno a una distinción de gran utilidad práctica: hay casos en que el silencio opera como elemento integrante del contenido del contrato —llenando los espacios que la autonomía de la voluntad ha dejado vacíos— y casos en que opera como elemento modificativo o extintivo de la relación jurídica ya constituida.⁶³

El silencio también puede constituir dolo omisivo cuando concurren los requisitos del artículo 1269 CC. Quien guarda silencio sobre vicios ocultos o cargas que gravan el inmueble enajenado —arts. 1.478 y 1.483 CC— asume las consecuencias de su omisión. En las operaciones de fusiones y adquisiciones, el silencio del vendedor sobre hechos relevantes que debiera haber revelado conforme al deber general de buena fe puede generar la nulidad del contrato o la responsabilidad indemnizatoria.⁶⁴

De Diego trazó en 1925 el primer mapa sistemático de los artículos del Código Civil en que el silencio opera como elemento jurídicamente relevante. Su catálogo —que incluye los arts. 541, 658, 1.172, 1.174, 1.334, 1.346, 1.447,

1.478, 1.483, 1.530, 1.566 y 1.005 CC— sigue siendo el punto de partida más ordenado de que disponemos.⁶⁵

4.4. *Sucesiones*

El Derecho de sucesiones es quizás el sector del Derecho Civil en que el silencio produce las consecuencias jurídicas más complejas y relevantes. El sistema del Código Civil parte de una asimetría estructural deliberada: la aceptación puede ser tácita, derivada de actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar (actos de señor, art. 999 CC), pero la repudiación debe ser siempre expresa y formal (art. 1008 CC).⁶⁶

El artículo 1005 CC, reformado por la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria, introduce el supuesto más claro en que el silencio puro produce efectos jurídicos: el heredero llamado que no responde en el plazo establecido al requerimiento notarial del acreedor o interesado se entiende que acepta pura y simplemente.⁶⁷ Es silencio-constitutivo en estado puro: el efecto —la aceptación— no depende de ninguna interpretación, sino que la ley lo establece directamente.

La STS 1311/2025, de 25 de septiembre, planteó una cuestión especialmente interesante: si la comparecencia del heredero como demandado en un proceso judicial posterior al requerimiento notarial puede equivaler al ejercicio de la facultad de aceptar o repudiar. La resolución de este problema tiene consecuencias prácticas importantes, pues en la práctica muchos herederos llamados solo toman conocimiento formal de la situación cuando son demandados.⁶⁸

4.5. *Derechos reales y prescripción*

La prescripción extintiva es el ámbito en que el silencio del titular de un derecho —su inactividad procesal— produce la consecuencia jurídica más drástica: la extinción de la acción para reclamarlo. La Ley 42/2015 redujo el plazo general del artículo 1964.2 CC de quince a cinco años para las acciones personales sin plazo especial.⁶⁹ Esta reducción amplificó significativamente el efecto negativo del silencio del acreedor: donde antes eran necesarios quince años de inacción, ahora son suficientes cinco.

La STS 419/2023, de 28 de marzo (ECLI:ES:TS:2023:1374), precisó los requisitos de la usucapión ordinaria y el problema de la buena fe sobrevenida.

La renuncia implícita de derechos —una forma de silencio activo— ha sido objeto de jurisprudencia muy abundante que tiende a la cautela: los tribunales exigen que sea inequívoca y compatible con ninguna otra interpretación.⁷⁰

5. Las ficciones legales y el método jurídico: Larenz como marco

La multiplicidad de supuestos que el apartado anterior ha recorrido plantea una pregunta metodológica de primer orden: cuando el legislador atribuye al silencio efectos jurídicos que el silencio no produce de manera natural, qué técnica normativa emplea. Larenz distingue en su Metodología de la Ciencia del Derecho la presunción de la ficción con una precisión que resulta directamente útil.⁷¹ La presunción parte de un hecho conocido para deducir un hecho desconocido pero probable, y admite prueba en contrario. La ficción, en cambio, parte de un hecho conocido —el silencio— y lo trata como otro hecho —la declaración de voluntad— con plena conciencia de que ambos son distintos, y no admite prueba en contrario.

Esta distinción tiene una implicación directa: no todos los supuestos en que el ordenamiento atribuye efectos al silencio son iguales. Algunos son presunciones *iuris tantum*; otros son presunciones *iuris et de iure*; y otros son ficciones legales que imponen sus consecuencias con independencia de cuál fuera la voluntad real del que calló.

La cuestión de las lagunas de la ley que Larenz desarrolla es igualmente fundamental. Cuando el legislador no ha regulado expresamente un supuesto de silencio —y son muchos los que quedan fuera de la regulación positiva expresa— el intérprete no puede limitarse a aplicar mecánicamente la regla general de ineficacia. Debe examinar si existe una laguna, identificar cuál es la valoración jurídica que el ordenamiento hace de los supuestos similares y, mediante la analogía, extender esa valoración al caso no regulado.⁷²

6. La decadencia del contrato y el silencio: una perspectiva crítica

El trabajo de Cano Martínez de Velasco añade a este análisis una dimensión que los enfoques dogmáticos más clásicos no suelen incorporar: la perspectiva histórica y crítica que permite ver el silencio no solo como un problema técnico de interpretación sino como un síntoma de transformaciones profundas en los fundamentos del Derecho Contractual.⁷³

Su tesis de fondo es que el contrato clásico, fundado en la autonomía de la voluntad individual y en el acuerdo expreso de las partes como única fuente de obligaciones contractuales, ha sufrido una decadencia que se manifiesta, entre otras formas, en la creciente importancia que el ordenamiento atribuye a conductas que no son declaraciones de voluntad en sentido estricto. El silencio, la tolerancia, la aquiescencia, el comportamiento conclusivo que permite inferir una voluntad que no se ha expresado formalmente: todas estas figuras ganan terreno en el Derecho Contractual moderno a expensas del esquema clásico de la oferta y la aceptación expresas.

La evolución jurisprudencial posterior ha dado parcialmente la razón a los dos grandes bandos del debate entre Savigny y Ranelletti. La jurisprudencia española ha mantenido la regla general de ineficacia del silencio puro, confirmando el planteamiento savigniano; pero ha reconocido también que las circunstancias pueden cualificar el silencio de una manera que va más allá de los supuestos tasados que Savigny identificó. Lo que determina la eficacia del silencio no es la concurrencia de uno de los supuestos excepcionales sino la combinación de circunstancias concretas que en cada caso hacen razonablemente exigible que el sujeto se pronunciara: la buena fe en el tráfico, la protección de la confianza legítima, la eficiencia del sistema contractual.⁷⁴

7. Síntesis doctrinal: el estado de la cuestión

Los trabajos de síntesis de Martínez Vela, Pérez Álvarez, Escobar Fornos y Busso ofrecen el material para un balance del estado de la doctrina sobre el valor jurídico del silencio. El punto de convergencia de todos ellos es que el silencio jurídicamente relevante no es el silencio puro sino el silencio contextualizado.⁷⁵

Martínez Vela ha insistido en que la clave está en el análisis de la situación concreta: qué tipo de relación existía entre las partes, qué expectativas había generado esa relación, qué exigía la buena fe en ese contexto específico.⁷⁶ Pérez Álvarez añade la perspectiva histórica que conecta la discusión moderna con sus raíces romanas y canónicas, mostrando que la tensión entre las dos reglas —*qui tacet non utique fatetur* y *qui tacet consentire videtur*— reproduce una controversia que los juristas romanos y los canonistas medievales vivieron con igual intensidad.⁷⁷

Busso añade la reflexión más filosófica y más global: el silencio no solo aparece como objeto de regulación jurídica sino como elemento constitutivo del

Derecho mismo —el silencio de la ley, la *laguna iuris*, la ausencia de regulación expresa que el intérprete debe colmar.⁷⁸ El Derecho no solo habla sobre el silencio; también calla, y sus silencios son tan significativos como sus palabras.

8. El silencio en el Derecho Procesal Civil

En el proceso civil, el silencio adopta formas específicas con consecuencias igualmente específicas. La rebeldía procesal —la ausencia de contestación a la demanda dentro del plazo legalmente establecido— es la figura en que el silencio adopta su expresión más directa. Los arts. 496, 500, 501, 502 y 524 LEC regulan sus efectos con una precisión que refleja exactamente la tensión fundamental: la regla de partida es que la rebeldía no equivale a allanamiento.⁷⁹

Pero la rebeldía no es jurídicamente inocua. El demandado rebelde pierde determinadas posibilidades procesales: no puede proponer prueba, no puede formular reconvención, no puede intervenir activamente en el proceso hasta que se persone y justifique su ausencia. La sentencia dictada en rebeldía puede ser impugnada mediante el recurso de audiencia al rebelde, pero ese recurso solo prospera si la ausencia fue involuntaria. El silencio voluntario, la rebeldía deliberada como estrategia procesal, no da derecho a la segunda oportunidad.⁸⁰

La incongruencia omisiva —el silencio del tribunal que no responde a todas las pretensiones de las partes— es la figura simétrica de la rebeldía: aquí quien calla no es la parte sino el órgano jurisdiccional, y su silencio constituye una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE.⁸¹ El Auto de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2017 precisó el régimen de la incongruencia *ex silentio*: el silencio de la sentencia sobre una pretensión o sobre los argumentos centrales que la sustentan es un defecto que puede ser subsanado mediante el incidente de complemento del art. 267.5 LOPJ.⁸²

La jurisprudencia constitucional sobre la incongruencia omisiva distingue con precisión entre el silencio que constituye vulneración del art. 24 CE y el silencio que no lo es. La sentencia que no responde a una pretensión principal vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. Pero la sentencia que no responde a todos los argumentos invocados en apoyo de una pretensión no necesariamente lo hace: el tribunal puede desestimar la pretensión de manera global sin necesidad de rebatir uno por uno todos los argumentos de la parte.⁸³

9. Jurisprudencia destacada del Tribunal Supremo

La STS de 19 de diciembre de 1990 es la referencia fundamental de la doctrina del *qui tacet consentire videtur* en el ordenamiento español.⁸⁴ La STS 507/2019 (ECLI:ES:TS:2019:3011) la actualizó y precisó sus elementos estructurales. La STS de 29 de junio de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2507) añadió el requisito de que las circunstancias excluyan cualquier interpretación alternativa. La STS 154/2025 consolidó la doctrina de los actos propios como complemento del silencio elocuente en la fase de ejecución de los contratos.⁸⁵

La STS 1311/2025, de 25 de septiembre, planteó el problema del heredero que toma conocimiento de la delación hereditaria únicamente cuando es demandado. La STS 419/2023 (ECLI:ES:TS:2023:1374) precisó los requisitos de la mala fe sobrevenida en la usucapión.⁸⁶

El estudio sistemático de la jurisprudencia menor —Audiencias Provinciales y Juzgados— sobre el silencio contractual en aplicación de esta doctrina es una tarea pendiente que excede los límites de este discurso.⁸⁷

10. *Blockchain, smart contracts* y el silencio digital

El siglo XXI ha producido una novedad que obliga a añadir un capítulo que ninguno de los clásicos podía prever: la aparición de formas contractuales en que el silencio, tal como lo ha entendido la tradición jurídica, deviene técnicamente imposible.

La tecnología *blockchain* es un sistema descentralizado de registro de información que almacena datos en bloques encadenados criptográficamente, distribuidos entre miles de nodos independientes, de manera que ninguna autoridad central los controla y ningún participante puede modificar unilateralmente el contenido ya registrado. Esta arquitectura técnica tiene una propiedad jurídicamente relevante: la inmutabilidad. Lo que se inscribe en la cadena de bloques no puede borrarse ni corregirse. Es, en ese sentido, la negación técnica del silencio como posibilidad: en la *blockchain*, no callar nunca.⁸⁸

Sobre esa arquitectura se han construido los contratos inteligentes —*smart contracts*— cuya idea fue formulada por Nick Szabo en 1994.⁸⁹ Un contrato inteligente es un programa informático alojado en la cadena de bloques que ejecuta automáticamente las obligaciones pactadas cuando se cumplen las condiciones previamente codificadas, sin necesidad de intervención humana en el momento de la ejecución. En este modelo, el silencio previo al despliegue

del contrato en la cadena de bloques es el único momento en que la voluntad puede expresarse libremente; una vez activado el contrato inteligente, la voluntad queda codificada en el algoritmo y el silencio posterior desaparece técnicamente.

La conexión entre esta tecnología y el análisis del silencio opera en al menos tres planos. El primero es el de la declaración de voluntad: el art. 1262, párrafo tercero, del Código Civil —introducido por la Ley 34/2002— establece que en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.⁹⁰ En el contexto de los *smart contracts*, el inicio de las actuaciones tendentes a ejecutar el acuerdo —el acto de activar el contrato inteligente— es la manifestación de la aceptación. El contrato inteligente no admite el silencio como respuesta porque sus condiciones se ejecutan automáticamente al cumplirse los parámetros programados.

El segundo plano es el del silencio de la ley. El ordenamiento jurídico español carece de regulación específica para los *smart contracts*. La doctrina aplica el marco general del Código Civil —arts. 1089, 1091, 1254, 1261 y 1278— y las normas de contratación electrónica, y concluye que los contratos inteligentes son contratos atípicos válidos si cumplen los requisitos esenciales de consentimiento, objeto y causa del art. 1261 CC. Pero ese silencio legislativo genera incertidumbres de enorme calado práctico.⁹¹

El Instituto Europeo de Derecho ha intentado llenar parcialmente ese silencio legislativo con sus Principios sobre tecnología *blockchain* y *smart contracts*. Su Principio 9 —*Off-Chain* prevalece sobre *On-Chain*— establece que cuando existe un contrato redactado en lenguaje natural y un contrato inteligente que lo ejecuta, el contenido del contrato en lenguaje natural prevalece sobre el código informático en caso de discrepancia.⁹² La máxima de Lawrence Lessig —el código es ley— tiene un reverso que el análisis jurídico del silencio ilumina con claridad: si el código es ley, el silencio del código —lo que el algoritmo no ha previsto— es una *laguna iuris* digital que el jurista debe integrar usando los instrumentos que Larenz sistematizó: la analogía, la valoración de los intereses en conflicto, los principios generales del Derecho.

Pero la tensión más profunda entre la *blockchain* y el silencio jurídico no reside en las lagunas del código sino en su permanencia. El ordenamiento civil ha utilizado históricamente el silencio —el transcurso del tiempo sin reclamación— como mecanismo de saneamiento de deudas, corrección de errores y olvido deliberado de situaciones pasadas. La prescripción y la caducidad son, en esencia, formas de silencio constitutivo que el Derecho ha empleado para

permitir que el pasado no aplaste indefinidamente el presente. La *blockchain* destruye ese mecanismo: cuando una anotación en la red perpetúa un dato erróneo o una deuda ya prescrita, el silencio borrador de la prescripción deja de funcionar porque el dato permanece indeleble en la cadena.

La propuesta que este discurso formula —y que se denomina aquí «Caducidad por Código»— consiste en establecer la obligación legal de que los datos personales inscritos en redes descentralizadas nazcan con un protocolo técnico de autodestrucción programada: una fecha de muerte técnica que haga efectivo el silencio digital de la misma manera que la prescripción hace efectivo el silencio jurídico. No se trata de borrar la cadena sino de cifrar irreversiblemente los datos identificativos en el momento de su caducidad, de modo que permanezcan en la estructura de la cadena pero resulten técnicamente inaccesibles e indecifrables. Esta solución —ya explorada en la literatura técnica bajo la denominación de *cryptographic erasure*— es la única que reconcilia la inmutabilidad estructural de la *blockchain* con el derecho al olvido del artículo 17 del RGPD y con la función de saneamiento que el silencio jurídico ha cumplido históricamente.^{92b}

11. El silencio en el Derecho Mercantil

11.1. *El consensualismo mercantil y los usos del comercio*

El Código de Comercio de 1885 comparte con el Código Civil la ausencia de una norma general sobre el valor jurídico del silencio, pero difiere de él en un aspecto fundamental: el artículo 2 C.Com. reconoce los usos del comercio como fuente de integración del ordenamiento mercantil, en defecto de ley y antes que las reglas generales del Derecho Civil.⁹³ En el tráfico mercantil, los usos del comercio pueden atribuir eficacia jurídica al silencio de las partes con mayor facilidad que en el Derecho Civil, porque el contexto profesional del empresario hace que determinadas inacciones sean más «elocuentes».

El artículo 50 C.Com. remite supletoriamente al Derecho Civil en todo lo no regulado expresamente,⁹⁴ lo que significa que la doctrina del silencio elocuente de la Sala Primera es directamente aplicable en el ámbito mercantil cuando no existe norma especial ni uso del comercio que resuelva el caso. La diferencia práctica reside en que el umbral de elocuencia del silencio es más bajo entre empresarios con relaciones habituales: el silencio ante una propues-

ta conocida dentro del ámbito normal de sus operaciones puede equivaler a aceptación con mayor facilidad que en el ámbito civil.

En el comercio internacional, la CISG combina la regla de fondo del no-silencio (art. 18.1: el silencio no vale como aceptación por sí solo) con la regla de interpretación contextual (art. 8.3: el comportamiento de las partes se interpreta teniendo en cuenta sus prácticas establecidas y los usos del comercio).⁹⁵ La CISG da cabida al silencio elocuente entre comerciantes habituales sin violentar la regla general.

11.2. *Contratos mercantiles específicos: comisión y seguro*

El Código de Comercio regula supuestos en que el silencio del empresario produce efectos jurídicos determinados. En la comisión mercantil, los arts. 247 a 250 C.Com. establecen la obligación del comisionista de comunicar al comitente cualquier circunstancia que impida la ejecución del encargo: el silencio del comisionista ante un impedimento sobrevenido le hace responsable de los daños derivados de su falta de comunicación.⁹⁶ Es un ejemplo de silencio generador de responsabilidad.

En el contrato de seguro, el art. 20 LCS sanciona con intereses del veinte por ciento anual la mora del asegurador ante la reclamación del asegurado. La Sala Primera ha interpretado que la falta de respuesta del asegurador a una reclamación debidamente documentada puede constituir mora, aunque no exista rechazo formal: el silencio ante una reclamación suficiente equivale, a efectos del precepto, a una demora en el cumplimiento.⁹⁷

11.3. *La caducidad societaria como silencio-constitutivo*

El Derecho Societario ofrece el supuesto más claro de silencio-constitutivo en el ámbito mercantil: el artículo 205.1 LSC establece que la acción de impugnación de los acuerdos sociales contrarios a la ley o a los estatutos caduca en el plazo de un año.⁹⁸ El transcurso de ese plazo sin ejercitar la acción equivale, por disposición legal, a la convalidación definitiva del acuerdo, con independencia de la voluntad del socio. Es silencio-constitutivo en estado puro: ninguna interpretación es necesaria, el efecto opera por el mero transcurso del tiempo.

La STS 762/2024, de 29 de mayo, añadió una dimensión nueva al silencio societario.⁹⁹ El Tribunal Supremo estableció que el socio que, disponiendo de la posibilidad de solicitar información antes de la junta, guardó silencio y no

formuló ninguna solicitud, no puede invocar posteriormente la falta de información como motivo de impugnación en los términos del artículo 204.3.b) LSC. La inacción previa del socio —su silencio en la fase de preparación de la junta— condiciona el ejercicio posterior de sus derechos.

11.4. *Valoración sistémica*

El Derecho Mercantil y Societario es el sector del ordenamiento privado que más claramente combina las dos categorías no punitivas de la tricotomía. El silencio-declaración tiene su máxima expresión en la eficacia de los usos del comercio; el silencio-constitutivo, en la caducidad de la impugnación de los acuerdos sociales. El Derecho Mercantil integra el silencio con naturalidad en su lógica de celeridad y seguridad del tráfico, lo que produce una tensión intersectorial con el Derecho Civil que ninguna norma general resuelve.

12. El silencio en el Derecho del trabajo

12.1. *La asimetría estructural y sus consecuencias*

El Derecho del Trabajo es el sector del ordenamiento privado en que el silencio del trabajador se trata con mayor cautela. El fundamento es la asimetría estructural de la relación laboral: el trabajador se encuentra en posición de dependencia económica del empleador que puede condicionar su libertad real de expresión. Un trabajador que discrepa de una modificación de sus condiciones de trabajo puede callar no porque consienta, sino porque teme las consecuencias de manifestar su disconformidad.¹⁰⁰

Al mismo tiempo, el Derecho del Trabajo no puede prescindir de la eficacia de las conductas implícitas del trabajador: si presta sus servicios bajo las nuevas condiciones durante meses sin impugnar, ese comportamiento sostenido en el tiempo puede ser interpretado como aquiescencia. La tensión entre la protección de la voluntad del trabajador y la seguridad jurídica del tráfico laboral es el eje del tratamiento del silencio en este sector.

12.2. *El artículo 41 ET: el sistema de opciones ante la modificación sustancial*

El artículo 41 ET establece un sistema tripartito de opciones del trabajador ante la modificación sustancial de sus condiciones de trabajo: aceptarla —ex-

plícita o tácitamente—, impugnarla judicialmente en el plazo de veinte días hábiles, o extinguir el contrato con derecho a indemnización de veinte días por año trabajado.¹⁰¹ Este sistema tripartito de opciones reproduce la pregunta fundamental del silencio jurídico: ¿qué significa no hacer nada?

Las SSTs de 20 de junio de 2023 y 12 de marzo de 2024 (Sala Cuarta) han precisado el régimen temporal.¹⁰² Cuando la modificación ha sido notificada por escrito, el plazo de caducidad de veinte días hábiles corre desde la fecha de la notificación escrita. El silencio del trabajador durante ese plazo produce la extinción definitiva de la acción de impugnación. Sin embargo, el transcurso del plazo sin impugnar no equivale automáticamente a la aceptación de la modificación ni a la renuncia al derecho de extinción indemnizada: son opciones distintas con plazos propios.

12.3. El despido tácito por actos concluyentes del empresario

El art. 55.1 ET exige carta de despido escrita con expresión de hechos y fecha de efectos. Sin embargo, la Sala Cuarta ha reconocido el despido tácito: cuando el empleador adopta comportamientos que evidencian inequívocamente su voluntad de extinguir la relación laboral, esos actos concluyentes equivalen a despido aunque no exista comunicación escrita. La STS de 7 de octubre de 2022 es el hito más reciente: la negativa empresarial a reincorporar a una trabajadora en excedencia existiendo vacantes disponibles fue calificada como despido tácito por actos concluyentes.¹⁰³

12.4. El nemo tenetur en el procedimiento disciplinario laboral

El art. 58 ET regula el poder disciplinario del empresario sin exigir ningún procedimiento previo obligatorio para la imposición de sanciones a los trabajadores no representantes.¹⁰⁴ Esta laguna significa que, salvo lo que prevea el convenio colectivo, el empresario puede sancionar sin comunicar previamente los cargos y sin dar al trabajador oportunidad de formular alegaciones. En consecuencia, el trabajador no tiene ninguna oportunidad real de ejercer su derecho al silencio ante la imputación disciplinaria en condiciones de información suficiente.

La propuesta P.11 de este discurso plantea establecer en el art. 58 ET un procedimiento disciplinario mínimo para todos los trabajadores: comunicación escrita de los cargos y plazo de al menos diez días para formular alegacio-

nes, con prohibición expresa de interpretar el silencio del trabajador durante ese plazo como reconocimiento de los hechos imputados.¹⁰⁵

12.5. *La ultraactividad del convenio y el silencio de los negociadores*

El art. 86.3 ET establece que si transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya alcanzado uno nuevo, el convenio perderá vigencia salvo pacto en contrario.¹⁰⁶ El silencio de las partes negociadoras produce la pérdida de vigencia del convenio anterior: otro supuesto de silencio-constitutivo en el Derecho Laboral, cuyos efectos no dependen de la interpretación de la inacción sino de su mero transcurso temporal.

12.6. *Valoración sistémica*

El Derecho Laboral es el sector del ordenamiento privado en que la protección de la voluntad del trabajador modifica de manera más significativa las reglas generales sobre el silencio. La irrenunciabilidad de derechos (art. 3.5 ET) impide la novación tácita perjudicial; el sistema de opciones del art. 41 ET establece un régimen propio de caducidad y prescripción; y la laguna del procedimiento disciplinario del art. 58 ET crea una zona en que el *nemo tenetur* está prácticamente vacío de contenido para los trabajadores no representantes. Las tres tensiones intersectoriales son: con el Derecho Civil (el umbral del silencio elocuente es más alto en el ámbito laboral), con el Derecho Administrativo sancionador (más garantías en el expediente disciplinario administrativo que en el laboral) y con el Derecho Mercantil (la novación tácita perjudicial, libre en el tráfico mercantil, está prohibida en el laboral).¹⁰⁷

13. Síntesis: la tricotomía del silencio en el Derecho Privado

El recorrido realizado por las distintas ramas del Derecho Privado permite enunciar con precisión la tricotomía del silencio jurídicamente relevante, la aportación teórica central de este discurso en el ámbito que esta Parte Segunda ha analizado.

El primer tipo es el silencio-garantía. Aparece en el Derecho Privado de manera subsidiaria y periférica, pero con plena vigencia cuando el contexto adquiere carácter punitivo: el trabajador ante el procedimiento disciplinario tiene el mismo derecho a callar que el investigado penal. El principio *nemo*

tenetur no se detiene en las fronteras del Derecho Penal sino que acompaña al ciudadano en cualquier procedimiento que pueda derivar en sanción.

El segundo tipo es el silencio-declaración. Es el tipo dominante en el Derecho Privado. El silencio ante una oferta contractual, la inacción del heredero, la aquiescencia del trabajador ante la modificación de sus condiciones: en todos estos casos, el silencio puede ser jurídicamente elocuente cuando concurren el elemento subjetivo —conocimiento efectivo— y el elemento objetivo —obligación o normalidad de responder. La regla general sigue siendo la del no-consentimiento; la excepción, el silencio cualificado por las circunstancias.

El tercer tipo es el silencio-constitutivo. El más mecánico de los tres: el ordenamiento atribuye efectos determinados al mero transcurso del tiempo sin que el sujeto se pronuncie, con independencia de cualquier voluntad. La caducidad de la acción de impugnación societaria, la aceptación de la herencia por el requerido que no responde, la pérdida de vigencia del convenio colectivo por el silencio de los negociadores: todos estos supuestos operan por ministerio de la ley, sin que sea necesaria ninguna interpretación del comportamiento del que calla.¹⁰⁸

La paradoja sistémica que esta tricotomía revela —y que este discurso formula como su primer diagnóstico de coherencia— es que el Derecho privado español aplica estos tres tipos sin principio general que los articule, sin que ninguna norma de rango legal establezca cuándo opera cada uno y cuáles son los criterios que determinan el paso de uno a otro. El Código Civil de 1889 guarda silencio sobre el silencio desde hace ciento treinta y siete años. La Propuesta de Modernización de 2023 intenta colmar esa laguna. La urgencia de esa colmación es, al término del recorrido de esta Parte Segunda, más evidente que al principio.

NOTAS

- [47] CLEMENTE DE DIEGO, F., *op. cit. supra* nota 18, pág. 5. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.^a O., *op. cit. supra* nota 43.
- [48] DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, pág. 56.
- [49] DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, 6.^a ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007.
- [50] STS (Sala 1.^a) de 19 de diciembre de 1990.

- [51] TOMÁS MARTÍNEZ, G., *op. cit. supra* nota 42, págs. 552-560. BONIFACIO VIII, *Liber Sextus Decretalium*, Libro V, tit. 12, *De regulis iuris*, reg. 43 (año 1298).
- [52] PÉREZ ÁLVAREZ, M. del P., «El valor jurídico del silencio en la teoría del negocio jurídico», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 28 (2013), págs. 285-306.
- [53] CLEMENTE DE DIEGO, F., *op. cit. supra* nota 18, págs. 18-22. GABBA, C.F., *Teoria della retroattività delle leggi*. Torino, 1884. DEMOGUE, R., *op. cit. supra*.
- [54] Art. 1258 CC: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».
- [55] STS (Sala 1.ª) 507/2019, de 1 de octubre (ECLI:ES:TS:2019:3011). Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.
- [56] STS (Sala 1.ª) de 29 de junio de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2507, rec. 3335/2018).
- [57] CISG, art. 18.1: «La aceptación de una oferta consistirá en una declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituirán aceptación».
- [58] PECL, art. 2:204(2): «El silencio o la inacción, por sí solos, no constituyen aceptación».
- [59] PM 2023, art. 1250, *cit. supra* nota 9.
- [60] Art. 84 CC (redacción dada por la Ley 15/2005): «La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto, pero los cónyuges deberán poner aquélla en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio».
- [61] Arts. 181 y ss. CC: declaración de ausencia legal y sus efectos.
- [62] Art. 1258 CC, *cit. supra* nota 54. Sobre la función integradora de la buena fe, DÍEZ-PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos*, Bosch, Barcelona, 1963.
- [63] DÍEZ-PICAZO, L., *op. cit. supra* nota 49.
- [64] Art. 1269 CC: «Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho». Sobre el dolo por silencio en las operaciones mercantiles, *vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La

compraventa de empresas (iv): Patología y remedios frente al incumplimiento). Almacén de Derecho. “...En cuanto al dolo, este existirá cuando el silencio del vendedor respecto de dichas circunstancias merezca la calificación de “maniobra insidiosa” (dolo omisivo) o, naturalmente, cuando el vendedor haya realizado manifestaciones garantizando la idoneidad de lo vendido para la explotación de la empresa contrarias a la verdad (STS 27-IX-1990). En el caso de la 2 se apreció dolo y se declaró la nulidad porque se ocultó al comprador que unos terrenos que se decían de la empresa estaban en trámite de ser declarados de dominio público. Como dice Soler, la aplicación de las normas sobre el dolo “queda limitado a los casos de inducción maliciosa al error mediante la aseveración de datos circunstanciales de la empresa... relevantes para el comprador que se saben falsos o que, al menos, premeditadamente, se ignoran”. A estos efectos, es irrelevante la existencia de *animus nocendi* o *lucrandi* (STS 27-III-1989) y lo es también -respecto del dolo- la negligencia del comprador por no haber comprobado la veracidad de las afirmaciones del vendedor (STS 26-X-1981). No hay dolo porque el comprador oculte al vendedor que está negociando la reventa de las acciones a un tercero por un precio muy superior (STS 23 de junio de 2009)”.

- [65] CLEMENTE DE DIEGO, F., *op. cit. supra* nota 18.
- [66] Arts. 999 y 1008 CC. Sobre la asimetría estructural en el Derecho de sucesiones, LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F., Elementos de Derecho Civil V — Sucesiones.
- [67] Art. 1005 CC (redacción dada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria).
- [68] STS (Sala 1.^a) 1311/2025, de 25 de septiembre (ECLI:ES:TS:2025:3956).
- [69] Art. 1964.2 CC, en la redacción dada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre.
- [70] STS (Sala 1.^a) 419/2023, de 28 de marzo (ECLI:ES:TS:2023:1374).
- [71] LARENZ, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6.^a ed., Springer, Berlín, 1991 [trad. esp.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994].
- [72] LARENZ, K., *op. cit. supra* nota 71.
- [73] CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *La decadencia del contrato. El derecho robot*. Bosch, Barcelona, 201, págs. 19-65.
- [74] Sobre la evolución del debate Savigny-Ranelletti: BETTI, E., *Teoria generale del negozio giuridico*, 2.^a ed., UTET, Turín, 1955.

- [75] MARTÍNEZ VELA, J.A., «El valor jurídico del silencio», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 784 (2009); ESCOBAR FORNOS, I., «El silencio en el Derecho», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 54 (2001); BUSSO, E., *Código Civil anotado*, t. III, Ediar, Buenos Aires, 1949.
- [76] MARTÍNEZ VELA, J.A., *op. cit. supra* nota 75.
- [77] PÉREZ ÁLVAREZ, M.^a A., *op. cit. supra* nota 52.
- [78] BUSSO, E., *op. cit. supra* nota 75.
- [79] Arts. 496, 500, 501, 502 y 524 LEC (Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).
- [80] Sobre la rebeldía como estrategia procesal, GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos civiles*, vol. I, Bosch, Barcelona, 2001.
- [81] Art. 24.1 CE. GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil*, t. I, Colex, Madrid, 2015.
- [82] ATS (Sala de lo Contencioso) de 1 de marzo de 2017; arts. 267.5 LOPJ y 215.2 LEC.
- [83] STC 67/2007, de 27 de marzo. Sobre la doctrina constitucional de la incongruencia omisiva, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil*, 2.^a ed., Ramón Areces, Madrid, 2012, págs. 380-390.
- [84] STS (Sala 1.^a) de 19 de diciembre de 1990, *cit. supra* nota 50.
- [85] STS (Sala 1.^a) 154/2025 (ECLI:ES:TS:2025:567). En la elaboración jurisprudencial de la doctrina del silencio elocuente y de los actos propios resulta obligado destacar la línea jurisprudencial trazada por sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo cuya ponencia correspondió al Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller —hoy magistrado emérito—, entre las que merecen referencia especial: la STS (Sala 1.^a) de 22 de septiembre de 2009, según la cual el comportamiento de los litigantes «considerado en su conjunto, sí es expresivo de unos actos propios [...] en el sentido de crear en los codemandados la confianza en una determinada situación o “fundada confianza depositada en la coherencia de la conducta futura de otra persona con la que se está en relación, mediante la inadmisibilidad del comportamiento contradictorio frente a quien ha confiado en ese comportamiento”»; la STS (Sala 1.^a) 415/2012, de 29 de junio (rec. 1226/2009), que precisa que «la situación arrendaticia no queda acreditada por el mero hecho de la ocupación o detentación posesoria, incluso consentida por el titular dominical»; y la STS (Sala 1.^a) 581/2017, de 26 de octubre (rec. 1844/2015), que reafirma que «la situación de precario no cesa por el

- hecho de que sea consentida durante cierto tiempo por el propietario». Sobre la doctrina de los actos propios, *vid.* DÍEZ-PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos*, *cit. supra* nota 62.
- [86] STS (Sala 1.^a) 419/2023, *cit. supra* nota 70; STS (Sala 1.^a) 1311/2025, *cit. supra* nota 68.
- [87] Sobre la metodología de estudio de la jurisprudencia provincial y su valor doctrinal, MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional Español*, Bosch, Barcelona, 1991.
- [88] NAKAMOTO, S., Bitcoin: *A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, 2008, disponible en bitcoin.org. Sobre blockchain y Derecho, NAVARRO LÉRIDA, M.^a S., «Los *smart contracts* como nueva forma de contratación», *RdM*, núm. 307 (2018), págs. 181-218.
- [89] SZABO, N., «*Smart Contracts*», 1994, disponible en fon.hum.uva.nl.
- [90] Art. 1262, pfo. 3.º CC, introducido por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información.
- [91] GUERRERO LEBRÓN, M.^a J., «Contratos inteligentes», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 73 (2020), págs. 51-82.
- [92] EUROPEAN LAW INSTITUTE, *Principles on Blockchain Technology, Smart Contracts and Consumer Protection*, 2019, Principio 9.
- [92b] Sobre la «Caducidad por Código» y el *cryptographic erasure* como solución al conflicto entre *blockchain* e inmutabilidad, ALLEN, J. *et al.*, «Blockchain and the GDPR: «A Thematic Analysis», *European Data Protection Law Review*, vol. 5, núm. 3 (2019), págs. 353-365. FINCK, M., *Blockchain and the General Data Protection Regulation*, EPRS, Bruselas, 2019. BALAGUER PÉREZ, A., El derecho al olvido en la Unión Europea y su relevancia en relación con la tecnología *Blockchain*.
- [93] Art. 2 C.Com. (Código de Comercio, aprobado por Real Decreto de 22 de agosto de 1885).
- [94] Art. 50 C.Com.: «Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común».
- [95] CISG, arts. 18.1 y 8.3, *cit. supra* nota 57.
- [96] Arts. 247 a 250 C.Com. Sobre el silencio del comisionista, GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, 7.^a ed., Aguirre, Madrid, 1980, págs. 204-208.

- [97] Art. 20 LCS (Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro).
- [98] Art. 205.1 LSC (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital).
- [99] STS (Sala 1.^a) 762/2024, de 29 de mayo (ECLI:ES:TS:2024:2900), ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.
- [100] Sobre la asimetría estructural del contrato de trabajo, MONTTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 42.^a ed., Tecnos, Madrid, 2022.
- [101] Art. 41 ET (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores).
- [102] SSTs (Sala 4.^a) de 20 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2898) y de 12 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:1103).
- [103] STS (Sala 4.^a) de 7 de octubre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3642).
- [104] Art. 58 ET: «Los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable».
- [105] Propuesta P.11 de este discurso: «Modificación del artículo 58 ET para establecer un procedimiento disciplinario mínimo, con comunicación escrita de los cargos y plazo de alegaciones de al menos diez días, con prohibición expresa de interpretar el silencio del trabajador durante ese plazo como reconocimiento de los hechos imputados».
- [106] Art. 86.3 ET, en la redacción dada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.
- [107] Sobre las tensiones intersectoriales del Derecho Laboral con el Derecho Civil y el Administrativo sancionador en materia de silencio, SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., *El despido disciplinario*, 3.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2019, págs. 118-126.
- [108] La tricotomía silencio-garantía / silencio-declaración / silencio-constitutivo como categoría transversal ha sido referida en la Introducción General de este discurso. Como supuestos del mismo tipo estructural, en Decho privado, y en particular la identificación del silencio-constitutivo, citamos el art. 1005 CC, el art. 205.1 LSC y el art. 86.3 ET.

PARTE TERCERA

EL SILENCIO FRENTE AL PODER PUNITIVO

1. El derecho al silencio en el sistema supranacional: fundamentos y fuerza normativa

Hay una paradoja en el origen normativo del derecho al silencio en el ordenamiento internacional que vale la pena señalar desde el principio: los grandes instrumentos internacionales de derechos humanos no lo mencionan expresamente. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950: ninguno de ellos proclama el derecho al silencio con ese nombre. Y sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia consideran unánimemente que está implícitamente garantizado en todos ellos, ínsito en la noción de proceso equitativo que cada uno de esos instrumentos consagra a su manera.¹⁰⁹

La razón de esa paradoja es la misma que explica la naturaleza del derecho: el silencio no es un derecho autónomo en el sentido en que lo son la libertad de expresión o la presunción de inocencia. Es una de las manifestaciones más concretas y más frágiles del derecho más general a no ser obligado a colaborar con la propia condena, a no ser convertido en instrumento de la acusación que se dirige contra uno mismo. Ese derecho más general —el privilegio contra la autoincriminación— sí está formulado expresamente en los grandes instrumentos internacionales. El art. 14.3.g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que toda persona acusada de un delito tiene derecho, en plena igualdad, «a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable».¹¹⁰ El art. 6.1 del Convenio Europeo no lo dice con

esas palabras, pero el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en jurisprudencia reiterada que el derecho al silencio y el privilegio contra la autoincriminación son inherentes a la noción de proceso justo que el art. 6 consagra.¹¹¹

La obra colectiva coordinada por Germán Sucar —*Derecho al silencio y racionalidad jurídica*— es el análisis más completo disponible en lengua española sobre el fundamento y el alcance del derecho al silencio en el sistema normativo internacional y comparado.¹¹² Su punto de partida es histórico: el derecho al silencio no existía en los procedimientos penales premodernos porque la racionalidad de esos procedimientos —fundada en el juramento, la ordalía y la búsqueda coactiva de la confesión— no dejaba espacio institucional para él. Es solo a partir de las transformaciones del procedimiento penal operadas entre los siglos XII y XIII, con la instauración de la encuesta inquisitiva en la tradición continental y del *jury trial* en la tradición del *common law*, cuando se crea el espacio institucional en que el derecho al silencio puede aparecer. Su historia posterior es la historia de una conquista lenta, gradual y a menudo reversible contra la tendencia natural del poder a exigir que el sospechoso hable.

El artículo 24.2 de la Constitución española es la norma fundante de toda la construcción del silencio como derecho en el ordenamiento español. Su redacción incorpora dos garantías estrechamente relacionadas pero no idénticas: el derecho a no declarar contra sí mismo (el derecho al silencio en sentido amplio) y el derecho a no confesarse culpable (la prohibición de las confesiones obtenidas bajo presión). Juntos forman el núcleo del principio *nemo tenetur se ipsum accusare* —nadie está obligado a acusarse a sí mismo—, que la jurisprudencia constitucional ha reconocido como de aplicación no solo al proceso penal *stricto sensu*, sino también a todos los procedimientos punitivos del Estado.¹¹³

El Tribunal Constitucional ha interpretado el artículo 24.2 CE como comprensivo de, al menos, tres facultades distintas: el derecho a guardar silencio absoluto; el derecho a no responder a preguntas concretas; y el derecho a no aportar pruebas o documentos que sean autoincriminatorios. La sentencia Saunders c. Reino Unido del TEDH (1996) estableció la base de la doctrina convencional: el derecho a no autoincriminarse «presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la persona acusada».¹¹⁴

En el plano del Derecho de la Unión Europea, la Directiva 2012/13/UE estableció la obligación de informar al sospechoso o acusado de su derecho a

guardar silencio con carácter inmediato.¹¹⁵ La Circular 3/2018 de la Fiscalía General del Estado desarrolla con notable precisión el contenido de esa obligación informativa: el investigado debe saber que tiene derecho a guardar silencio, a no responder a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, y que el silencio no puede ser interpretado como indicio de culpabilidad.¹¹⁶

2. Los ordenamientos modelo: Francia, Inglaterra, Estados Unidos y España

El análisis comparado del derecho al silencio identifica cuatro sistemas paradigmáticos cuyo examen muestra que el derecho al silencio no tiene una formulación universal, sino que es el resultado de opciones históricas y culturales diferentes que han producido equilibrios distintos entre la protección del individuo y las exigencias de la persecución penal.

El sistema norteamericano es el que más profundamente ha penetrado en la imaginación jurídica y cultural del mundo occidental. La 5.^a Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos es el fundamento constitucional. La sentencia *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), de la Corte Suprema, convirtió ese fundamento en una obligación práctica y cotidiana: antes de cualquier interrogatorio policial, el detenido debe ser informado de que tiene derecho a guardar silencio, de que todo lo que diga podrá ser usado en su contra y de que tiene derecho a la asistencia de un abogado.¹¹⁷ Patricio Granfield trazó en 1965 la historia de ese principio desde el Derecho romano hasta su consagración en el constitucionalismo americano, mostrando que la conquista del derecho al silencio ha sido siempre una conquista contra la tendencia natural del poder a exigir que el sospechoso colabore en su propia condena.¹¹⁸

El sistema inglés tiene la doble distinción de ser el origen histórico del privilegio contra la autoincriminación en el *common law* y de haber sido el escenario de su recorte más controvertido en la historia reciente. La Criminal Justice and Public Order Act de 1994 introdujo la posibilidad de que los tribunales extraigan inferencias adversas del silencio del acusado.¹¹⁹ El caso *Murray* contra el Reino Unido, resuelto por el TEDH el 8 de febrero de 1996, produjo la doctrina que la jurisprudencia española invoca constantemente: el silencio del acusado puede ser valorado como elemento adverso solo cuando la prueba de cargo es suficientemente sólida para exigir una respuesta, y el tribunal no puede condenar simplemente por el hecho de que el acusado haya guardado silencio.¹²⁰

El sistema francés es el que ha experimentado la transformación más pronunciada en las últimas décadas. La tradición inquisitiva del Derecho penal continental europeo era poco favorable a la protección del silencio. El proceso de reforma que ha llevado al Derecho Procesal penal francés hacia una mayor protección del derecho a no autoincriminarse ilustra que la conquista del derecho al silencio no es un proceso histórico concluido sino un esfuerzo permanente.¹²¹

El sistema español es el que más directamente interesa a la presente investigación. La Constitución de 1978 consagra en el art. 24.2 el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable como parte del conjunto de garantías procesales. La LECrim lo desarrolla en los arts. 118.1 —para los investigados— y 520.2 —para los detenidos—, en la redacción que la LO 13/2015 le dio en transposición de la Directiva 2012/13/UE.¹²²

3. Posturas doctrinales: negacionistas y garantistas

El debate doctrinal sobre el derecho al silencio en el proceso penal no es solo técnico, sino filosófico: se pregunta por los fundamentos últimos de la legitimidad del Estado para exigir que el individuo colabore en la investigación de los delitos que se le imputan. La pregunta que Matia Portilla formula directamente en el título de su artículo —¿Hay un derecho fundamental al silencio?— condensa toda la tensión de ese debate.¹²³

La posición más crítica parte de la observación de que ni la Constitución española ni el Convenio Europeo proclaman un genérico derecho al silencio. El art. 24.2 CE reconoce el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, que es un derecho específico y más estrecho. Matia Portilla advierte de los límites del canon interpretativo del art. 10.2 CE: la doctrina del TEDH sobre el derecho al silencio como componente del derecho a la vida privada no siempre ha sido seguida por el TC con la coherencia que la seguridad jurídica requeriría.¹²⁴

La posición garantista —representada con mayor solidez doctrinal por Su-car y por Álvarez de Neyra Kappler— parte de que el derecho al silencio es la condición de posibilidad de otros derechos que sí están proclamados. Si el individuo tiene derecho a la presunción de inocencia y a no ser obligado a colaborar en su propia condena, el silencio es la consecuencia inevitable: un sistema que pudiera usar el silencio como prueba en contra del acusado vaciaría de contenido real la presunción de inocencia.¹²⁵

Entre las dos posiciones extremas, la jurisprudencia española ha construido un equilibrio pragmático que la STS 298/2020 sistematizó: el silencio es un derecho absoluto en cuanto a su ejercicio —nadie puede ser condenado por haber guardado silencio— pero en determinados contextos no es algo totalmente neutro en la valoración probatoria.¹²⁶

4. Las posturas del investigado: un mapa de posibilidades

La amplitud del derecho al silencio en el proceso penal se comprende mejor cuando se despliega el mapa de las posturas que el investigado puede adoptar, que va mucho más allá del simple callar o hablar.

El ejercicio del derecho a guardar silencio como manifestación del derecho de defensa es la postura más elemental y más protegida. El acusado puede declarar parcialmente, respondiendo a algunas preguntas y guardando silencio ante otras. Asencio Gallego ha distinguido con rigor el derecho a no declarar del derecho a no declarar contra sí mismo: son derechos diferentes cuyo ejercicio implica conductas distintas.¹²⁷

Los pactos de silencio —el silencio escondido— y el silencio amenazante son las formas en que el silencio se convierte en instrumento de poder. Alejandro Luzón ha analizado los códigos de silencio que amparan la corrupción: quien conoce el delito pero no lo denuncia por desconfianza en la justicia, por cálculo de futuros beneficios o por miedo a represalias.¹²⁸ El silencio ante los fenómenos terroristas muestra que la complicidad por silencio y omisión puede ser tan grave como la complicidad activa.

El silencio autodestructivo —la asunción de la no defensa— abre una dimensión que excede lo estrictamente jurídico: el investigado que decide no defenderse, que guarda silencio no como estrategia sino como rendición, plantea al sistema la pregunta de si el Estado tiene alguna obligación de proteger al individuo incluso de sus propias decisiones en el proceso penal.¹²⁹

5. El silencio de testigos, peritos e intérpretes

El análisis del silencio en el proceso penal no se agota en el silencio del investigado. El art. 460 del Código Penal tipifica la figura del falso testimonio por reticencia: la conducta del declarante que no llega a faltar sustancialmente a la verdad pero la altera con reticencias o inexactitudes, o silenciando hechos o datos relevantes que le fueran conocidos.¹³⁰ La STS 794/2013, de 29 de

octubre, ha precisado que el tipo requiere que la conducta sea consciente y voluntaria: el silencio de quien no recuerda o genuinamente desconoce los datos relevantes no realiza el tipo.¹³¹

Esta figura conecta con el análisis del silencio en el Derecho privado: la reticencia como forma de alterar la verdad sin mentir explícitamente es el mismo fenómeno que en el Derecho contractual se llama silencio doloso. La diferencia es que en el proceso penal el silencio de quien debería hablar genera efectos penales, y que la justicia que se compromete es la que el Estado administra en nombre de la sociedad.

6. La tortura como arma contra la libertad de decidir: historia y vigencia

La tortura es la negación más radical del derecho al silencio. No su limitación ni su restricción: su destrucción sistemática mediante la violencia. Tomás y Valiente, en su obra *La tortura en España. Estudios históricos*, proporciona el análisis histórico-jurídico más riguroso disponible en lengua española sobre la práctica del tormento judicial.¹³² Su elección metodológica es significativa: en lugar de los casos famosos y espectaculares, ha preferido reconstruir un caso de muy poca importancia —el tormento dado a María Rodríguez en Madrid el 30 de julio de 1648— como ejemplo de lo cotidiano, de lo ordinario, de lo casi anónimo. El resultado es más perturbador que cualquier caso célebre: la aséptica frialdad del escribano que interrumpe la transcripción del quejido del reo con breves apostillas técnicas muestra que la tortura no era una aberración sino un elemento ordinario del procedimiento judicial de la época.

Beccaria fue quien formuló la crítica más devastadora de esa racionalidad en el capítulo 12 de *De los delitos y de las penas*, publicado en 1764. El argumento es un silogismo perfecto: si la tortura se aplica para obtener la verdad, y la verdad se otorga a quien resiste más el dolor, entonces la verdad pertenece a los más fuertes. El inocente débil confesará el crimen que no ha cometido para que el dolor cese; el culpable resistente será absuelto por su capacidad de soportar el sufrimiento.¹³³

La Historia de la columna infame de Alessandro Manzoni lleva esa crítica al territorio de la literatura, pero con el rigor del historiador que ha consultado las fuentes originales. El relato del proceso celebrado en Milán en 1630 —en que varias personas inocentes fueron torturadas hasta confesar haber provocado la epidemia de peste— es la demostración narrativa del argumento de Beccaria.¹³⁴

El debate contemporáneo sobre la tortura adquirió una dimensión nueva tras los atentados del 11 de septiembre de 2001. Los intentos de justificar las denominadas «técnicas de interrogatorio mejoradas» fueron sistemáticamente refutados por Waldron y por La Torre, cuyo análisis demuestra la contradicción irresoluble entre la idea de Estado de Derecho y la tortura judicial: el Estado que tortura ha abandonado los fundamentos sobre los que descansa su pretensión de legitimidad para castigar a quien viola la ley.¹³⁵ La regla de inadmisibilidad de las pruebas obtenidas mediante tortura —consagrada en el art. 15 de la UNCAT— es el instrumento jurídico fundamental: no solo porque condena la tortura como práctica, sino porque elimina su principal incentivo.¹³⁶

7. El derecho a la última palabra

Si el derecho al silencio es el derecho a no hablar cuando el sistema exige declarar, el derecho a la última palabra es su imagen inversa: el derecho a hablar cuando el sistema ha concluido su propio discurso. Ambos forman parte del mismo haz de garantías procesales que el constitucionalismo democrático ha construido para proteger al individuo frente al poder del Estado en el proceso penal.

El derecho a la última palabra es el trámite por el que, una vez concluida la práctica de la prueba y los informes orales de las partes, el acusado puede dirigirse directamente al tribunal antes de que este se retire a deliberar. No es un trámite retórico ni una concesión humanitaria: es una garantía del proceso justo que la jurisprudencia constitucional ha elevado a la categoría de derecho fundamental vinculado al art. 24.2 CE.

La STC 35/2021, de 18 de febrero, es la referencia constitucional fundamental. El TC ha reiterado que el derecho a la última palabra se integra en el derecho fundamental a la defensa y en el derecho a un proceso con todas las garantías. Su vulneración conduce a la repetición del juicio. La jurisprudencia del TS ha desarrollado la doctrina con gran detalle: la repetición del juicio como consecuencia de la vulneración del derecho a la última palabra no es automática sino que requiere que la lesión haya causado indefensión material.¹³⁷

8. El silencio como indicio: la doctrina Murray y sus desarrollos en el ordenamiento español

La tensión entre el derecho al silencio como garantía constitucional y la necesidad del proceso de alcanzar la verdad se resuelve, en la jurisprudencia

española y europea, mediante una doctrina de equilibrio técnicamente sofisticada y filosóficamente honesta: el silencio del acusado no puede ser la base de una condena, pero en determinadas circunstancias puede ser un elemento corroborador de una prueba de cargo que ya existe.

La STEDH Murray c. Reino Unido, de 8 de febrero de 1996, estableció el principio fundamental: el derecho a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo es inherente a la noción de proceso justo, pero no es un derecho absoluto.¹³⁸ En determinadas ocasiones, el silencio del acusado puede tener consecuencias a la hora de evaluar las pruebas en su contra. La cuestión a dilucidar en cada caso es si la prueba aportada por el acusador es suficientemente sólida para exigir una respuesta: solo entonces la omisión de esa respuesta puede, como razonamiento de sentido común, permitir sacar la inferencia de que no hay explicación posible.

La STS 947/2024 (Sala Segunda) sistematizó los cuatro presupuestos acumulativos que la Sala Segunda exige para que las inferencias adversas del silencio sean procesalmente admisibles: primero, que existan pruebas de cargo suficientes y sólidas que reclamen una explicación del acusado; segundo, que el acusado haya tenido oportunidad real de responder y haya sido informado de su derecho al silencio; tercero, que haya sido expresamente advertido de que su silencio puede ser utilizado en su contra; y cuarto, que la inferencia tenga un papel exclusivamente corroborador —nunca puede constituir la prueba única o principal de la condena—. La Sala rechazó expresamente que el silencio del acusado pueda suplir la insuficiencia de la prueba de cargo.¹³⁹

El problema constitucional de la doctrina Murray en España es que su aplicación carece de habilitación legislativa expresa. El sistema irlandés y el inglés que sirvieron de base a la sentencia del TEDH contaban con una norma legal específica que autorizaba las inferencias adversas. En España, la LE-Crim no contiene ninguna norma equivalente. La Sala Segunda ha aplicado la doctrina Murray por vía interpretativa, apoyándose en la jurisprudencia del TEDH como criterio hermenéutico del artículo 24.2 CE. Esta aplicación sin base legal entraña una restricción de un derecho fundamental sin la habilitación que exige la reserva de ley del artículo 53.1 CE.¹⁴⁰

La Directiva (UE) 2016/343, de 9 de marzo de 2016, reforzó en el proceso penal el derecho a guardar silencio y la presunción de inocencia. Su artículo 7.1 obliga a los Estados miembros a garantizar el derecho al silencio, y su artículo 7.5 establece que el ejercicio del derecho al silencio «no podrá utilizarse en su contra ni considerarse prueba de la comisión de la infracción

penal de que se trate».¹⁴¹ La doctrina española ha debatido si el artículo 7.5 de la Directiva es compatible con la doctrina Murray tal como la aplica la Sala Segunda. Esta controversia no ha sido resuelta expresamente por el TJUE. Lo que es indudable es que el legislador español debe adoptar una posición clara mediante la reforma de la LECrim, que hoy guarda el mismo silencio que reprocha a sus ciudadanos.

9. El silencio del tribunal ante la prueba de descargo

Una de las cuestiones más originales del período analizado es la del silencio del propio tribunal ante la prueba de descargo. La Sala Segunda del Tribunal Supremo ha anulado, por falta de motivación, la sentencia que condena al acusado sin explicar por qué descarta las pruebas de descargo aportadas por este.¹⁴² De ahí la tesis que este discurso somete a la Academia: la falta de razonamiento sobre la prueba favorable al acusado equivale funcionalmente a una inversión de la carga de la prueba; al no explicar por qué esas pruebas no le convencen, el tribunal presume implícitamente la culpabilidad.

Esta tesis tiene un alcance sistémico importante: no solo protege al acusado de que su silencio sea utilizado en su contra —la dimensión clásica del *nemo tenetur*—, sino que impone al tribunal la obligación de no guardar silencio sobre la prueba favorable al acusado. Es la aplicación al propio tribunal del principio que prohíbe utilizar el silencio como prueba: si el tribunal calla sobre las pruebas de descargo, ese silencio puede convertirse en una prueba implícita de culpabilidad tan dañina como el uso directo del silencio del acusado.¹⁴³

10. El estándar absolutista: el Estatuto de Roma y la contradicción sistémica

España es Estado parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional desde el año 2002. El artículo 67.1.g) del Estatuto establece que el acusado tiene derecho «a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y a guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia».¹⁴⁴ La diferencia con el estándar Murray del TEDH es radical: el Estatuto de Roma adopta una posición absolutista. El silencio es absolutamente inerte desde el punto de vista probatorio. No hay excepciones, no hay condiciones, no hay matices.

Esta divergencia genera una tensión relevante para el ordenamiento español. El legislador ha optado, al no regular la cuestión expresamente, por dejar que la Sala Segunda aplique el estándar más restrictivo sin habilitación legal. Pero España está vinculada internacionalmente también por el Estatuto de Roma. La solución más conforme con el conjunto del ordenamiento sería adoptar el estándar absolutista del Estatuto de Roma mediante reforma expresa de la LECrim, o como mínimo, codificar el estándar Murray con sus cuatro presupuestos para dar base legal a lo que hoy es una construcción puramente jurisprudencial. Esto es lo que recoge la propuesta P.4 de este discurso.¹⁴⁵

11. La constitucionalización de las garantías procesales

El Bloque II cierra situando el derecho al silencio en el marco más amplio de la constitucionalización de las garantías procesales, el fenómeno jurídico del siglo XX que mejor explica por qué el derecho al silencio tiene hoy la protección que tiene.

Tras la Segunda Guerra Mundial, los países europeos que habían padecido regímenes totalitarios emprendieron un proceso de constitucionalización de los derechos fundamentales que tenía una motivación histórica precisa: evitar que el legislador ordinario pudiera suprimir las garantías del proceso judicial como los regímenes totalitarios habían hecho. No se trataba de un ejercicio académico sino de la respuesta política a una experiencia histórica concreta: la experiencia de regímenes que habían usado el proceso penal como instrumento de persecución, que habían convertido la confesión en la prueba reina mediante la tortura sistemática.¹⁴⁶

En ese contexto, el art. 24.2 CE no es un artículo más de la Constitución española de 1978: es la respuesta española a esa misma necesidad histórica. Los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable son la traducción constitucional de la lección que Beccaria formuló en 1764 y que el siglo XX confirmó al precio de decenas de millones de vidas: que el Estado que puede obligar al individuo a colaborar en su propia condena es un Estado que ha abandonado los fundamentos de su legitimidad para juzgar.

La Circular 3/2018 de la Fiscalía General del Estado es la traducción más concreta de todo eso al trabajo cotidiano del proceso penal: la obligación de informar al investigado de su derecho al silencio de manera clara, comprensible y en tiempo oportuno.¹⁴⁷ Un Fiscal que informa a un

detenido de que puede callarse no está obstaculizando la justicia: está ejerciendo la función que la Constitución le atribuye en el Estado de Derecho. Y un Estado que garantiza ese derecho es un Estado que ha interiorizado la diferencia entre el poder que busca la verdad y el poder que busca la confesión.

La lingüística pragmática proporciona un anclaje teórico que el Derecho Procesal raramente menciona pero que ilumina la racionalidad del *nemo tenetur* desde el interior del lenguaje. Dennis Kurzon ha demostrado que el silencio en situaciones de interrogatorio policial puede interpretarse como una inhibición psicológica del detenido o como un deseo de ocultar información, y que esa ambigüedad estructural es precisamente la razón por la que el silencio del imputado no puede ser tratado como prueba: el destinatario del silencio — el investigador, el fiscal, el tribunal — no dispone de los elementos contextuales necesarios para desambiguar el silencio e inferir su función comunicativa con la certeza que el Derecho Penal exige para fundar una condena.^{147b} Esta observación pragmática converge con la doctrina del TEDH: el silencio no es una declaración de culpabilidad porque su significado pragmático es irreduciblemente ambiguo, y la ambigüedad no puede operar contra quien la padece sin invertir la carga de la prueba.

12. Teresa Duerto, Álvarez de Neyra Kappler y Orihuela Rojas: el estado de la jurisprudencia

Teresa Duerto Argemí ha aplicado la doctrina con notable precisión al supuesto específico del procedimiento ante el Tribunal del Jurado, que presenta dificultades añadidas: el silencio del acusado ante legos en Derecho puede ser interpretado de manera menos técnica y más intuitiva que ante un tribunal profesional, y la instrucción del magistrado presidente sobre el valor del silencio es especialmente importante.¹⁴⁸

Álvarez de Neyra Kappler ha cartografiado la jurisprudencia nacional y europea con una exhaustividad que convierte su trabajo en la referencia de consulta obligada para quien quiera conocer el estado de la cuestión.¹⁴⁹ La perspectiva comparada que Orihuela Rojas aporta desde el Derecho latinoamericano muestra que los rasgos inquisitivos de la tradición continental siguen siendo una presencia relevante en muchos ordenamientos de la región, y que la lucha por la plena vigencia del derecho al silencio no es una conquista definitivamente alcanzada, sino un proceso en curso.¹⁵⁰

13. Síntesis: el silencio-garantía en su expresión más plena

El silencio-garantía es el primero de los tres tipos de la tricotomía propuesta en este discurso. En el ámbito penal y punitivo, es donde se manifiesta con mayor rotundidad y donde las consecuencias de su quiebra son más graves: la privación de libertad, la condena penal, la sanción que afecta al honor, el patrimonio o el ejercicio de derechos.

La síntesis del análisis realizado en esta Parte Tercera permite identificar tres tensiones sistémicas no resueltas. La primera es la tensión entre el estándar Murray —el silencio puede corroborar la prueba de cargo bajo cuatro condiciones estrictas— y el estándar absolutista del Estatuto de Roma —el silencio es procesalmente inerte. España aplica Murray sin habilitación legal, cuando el Estatuto de Roma exigiría el estándar absolutista. La segunda es la tensión entre el *nemo tenetur* penal y el deber de colaboración tributaria. La tercera —la más novedosa— es la tensión entre el *nemo tenetur* del acusado y a obligación de motivación del tribunal —tensión que este discurso propone reconducir a la presunción de inocencia en su dimensión de regla de juicio—. ¹⁵¹

Las propuestas de este discurso relativas al silencio-garantía son cuatro: P.4 (reforma de la LECrim para regular la doctrina Murray o adoptar el estándar del Estatuto de Roma), P.8 (supresión de la contradicción entre el estándar Murray y el art. 67.1.g del Estatuto de Roma), P.10 (codificación del test de existencia independiente en el art. 210 LGT) y P.11 (procedimiento disciplinario mínimo en el art. 58 ET). Cuatro reformas posibles en la próxima legislatura sin reforma constitucional. Cuatro instrumentos para que el Estado de Derecho no guarde silencio sobre el derecho al silencio.

NOTAS

- [109] Sobre la paradoja del silencio no mencionado en los grandes instrumentos internacionales, SUCAR, G. (coord.), *Derecho al silencio y racionalidad jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- [110] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.3.g), adoptado el 16 de diciembre de 1966. Instrumento de ratificación de España: BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977.
- [111] STEDH Saunders c. Reino Unido, de 17 de diciembre de 1996, núm. 19187/91, § 68.

- [112] SUCAR, G. (coord.), *op. cit. supra* nota 109.
- [113] Art. 24.2 CE. STC 76/1990, de 26 de abril. STC 18/1981, de 8 de junio. Sobre la extensión del *nemo tenetur* a todos los procedimientos punitivos, ASECIO MELLADO, J.M., «El proceso penal con todas las garantías», *Ius et Veritas*, vol. 16, núm. 33 (2006), págs. 235-247.
- [114] STEDH Saunders c. Reino Unido, *cit. supra* nota 111, § 69.
- [115] Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales (DO L 142, de 1 de junio de 2012).
- [116] Circular 3/2018, de 1 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre el derecho a la información en los procesos penales: garantías y procedimiento de información a los investigados.
- [117] Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966). Sobre su importancia en la historia constitucional americana, LEO, R.A., “Police Interrogation and American Justice”, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2008.
- [118] GRANFIELD, P., O.S.B. «The Right to Silence», *Theological Studies*, vol. 26 (1965), pp.280-298.
- [119] Criminal Justice and Public Order Act 1994 (c. 33), arts. 34-37.
- [120] STEDH Murray c. Reino Unido, de 8 de febrero de 1996, núm. 18731/91.
- [121] SUCAR, G. (coord.), *op. cit. supra* nota 109.
- [122] Arts. 118.1 y 520.2 LECrim, en la redacción dada por la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.
- [123] MATIA 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. 355-377. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 48 (2021), págs. 473-502.
- [124] MATIA PORTILLA, F.J., *op. cit. supra* nota 123, págs. 485-490.
- [125] ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., “La valoración del derecho a guardar silencio en el proceso penal según la jurisprudencia nacional y europea” (2017). Artículo publicado en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 1, pág. 46-64; SUCAR, G. (coord.), *op. cit. supra* nota 109.
- [126] STS (Sala 2.ª) 298/2020, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2020:1678). Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.
- [127] ASECIO GALLEGOS, J.M., «El derecho al silencio como manifestación del derecho de defensa», Tirant lo Blanch, 2017.

- [128] LUZÓN CÁNOVAS, A., «Instrumentos para la investigación de la corrupción», en Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial y sobre la corrupción en el ámbito público, *Cuadernos Penales José María Lidón*, n.º 11, Universidad de Deusto, Bilbao, 2015, págs. 235-255.
- [129] Sobre el silencio autodestructivo, SUCAR, G. (coord.), *op. cit. supra* nota 109, págs. 441-458.
- [130] Art. 460.1 CP (LO 10/1995, de 23 de noviembre): «El testigo que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial, con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que le fueran conocidos, será castigado [...]».
- [131] STS (Sala 2.ª) 794/2013, de 29 de octubre (ECLI:ES:TS:2013:5100).
- [132] TOMÁS Y VALIENTE, F., *La tortura en España. Estudios históricos*, Ariel, Barcelona, 1973.
- [133] BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas* 1764, ed. de F. Tomás y Valiente, Aguilar, Madrid, 1969, cap. XII, págs. 99-108.
- [134] MANZONI, A., *Historia de la columna infame 1842*, trad. esp., Alianza Editorial, Madrid, 1981.
- [135] WALDRON, J., *Torture, Terror, and Trade-Offs: Philosophy for the White House*, Oxford University Press, Oxford, 2010; LA TORRE, M., «Tortura e Stato di Diritto», *Ragion Pratica*, vol. 29 (2007), págs. 367-395.
- [136] Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada el 10 de diciembre de 1984 (BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 1987), art. 15.
- [137] STC 35/2021, de 18 de febrero; supone modificación de la doctrina anterior STC 258/2007. Sobre el derecho a la última palabra, ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *El derecho a la última palabra del acusado*, Bosch, Barcelona, 2019.
- [138] STEDH Murray c. Reino Unido, *cit. supra* nota 120, §§ 45-47.
- [139] SSTs (Sala 2.ª) 1678/2020 (ECLI:TS:2020:1678), ponente Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García, FD 15.º, y 947/2024 (ECLI:ES:TS:2024:4102). “Sobre los cuatro presupuestos Murray en la jurisprudencia española”, ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., *op. cit. supra* nota 125, págs. 120-145.
- [140] Art. 53.1 CE: «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial,

- podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades». Sobre la reserva de ley orgánica para los derechos del art. 24.2 CE, art. 81.1 CE.
- [141] Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio (DO L 65, de 11 de marzo de 2016), art. 7.5.
- [142] STS (Sala 2.^a) núm. 63/2016, de 8 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:203; Roj STS 203/2016), ponente Excmo. Sr. Conde-Pumpido Tourón, que estima el recurso por falta de motivación de la prueba de descargo (arts. 24.1 y 120.3 CE) y ordena la nulidad con retroacción de actuaciones. La resolución sistematiza el deber de valorar el descargo sobre reiterada doctrina de la propia Sala —SSTS 2027/2001, de 19 de noviembre; 486/2006, de 3 de mayo; 1016/2011, de 30 de septiembre; y 258/2010, de 12 de marzo— y del Tribunal Constitucional —SSTC 242/2005, de 10 de octubre; 187/2006, de 19 de junio; 148/2009, de 15 de junio; 172/2011, de 19 de julio; y 139/2000, de 29 de mayo—. El pasaje sobre el «prejuicio» que convierte la decisión en «un a priori o presupuesto» procede de la STS 2027/2001, de 19 de noviembre.
- [143] Sobre la posibilidad de revisar en casación la estructura racional del discurso valorativo, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (Art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio «nemo tenetur» (STS. 1030/2006 de 25.10).
- [144] Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 67.1.g), aprobado en Roma el 17 de julio de 1998. Instrumento de ratificación de España: BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2002.
- [145] Propuesta P.4 de este discurso: «Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para regular expresamente las condiciones en que el silencio del investigado puede ser valorado por el tribunal, adoptando como mínimo los cuatro presupuestos de la doctrina Murray como base legal orgánica, o alternatively adoptando el estándar absolutista del art. 67.1.g) del Estatuto de Roma».
- [146] PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, 2.^a ed., Bosch, Barcelona, 2012.

- [147] Circular 3/2018, de 1 de junio, de la Fiscalía General del Estado, cit. *supra* nota 116.
- [147b] KURZON, D., «The right of silence», *Journal of Pragmatics*, vol. 23 (1995), págs. 55-69; y Discourse of silence, John Benjamins, Amsterdam, 1997. *Sobre la ambigüedad pragmática del silencio en contextos de interrogatorio y su incompatibilidad con la valoración probatoria*, JAWORSKI, A., *The power of silence. Social and pragmatic perspectives*, SAGE, Newbury Park, 1993, págs. 88-95. MÉNDEZ GUERRERO, B., *op. cit. supra* nota 26c, pág. 51: los silencios situacionales en tribunales y prisiones tienen un fuerte condicionamiento institucional que impide inferir de ellos una función comunicativa unívoca.
- [148] DUERTO ARGEMÍ, T., *Tratamiento procesal del silencio del acusado en el procedimiento del Tribunal del Jurado*. p. 1-33. Recurso electrónico disponible en: <https://docplayer.es/33369489Tratamiento-procesal-del-silencio-del-acusado-en-el-procedimiento-del-tribunal-del-jurado.html>
- [149] ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., *op. cit. supra* nota 125.
- [150] ORIHUELA ROJAS, V., «El derecho al silencio bajo la óptica del Derecho comparado», Universidad Privada Antenor Orrego, en *Cuadernos Jurídicos Ius et Tribunalis*, año 3, n.º 3, enero-diciembre 2017
- [151] La triple tensión sistémica del silencio penal —Murray vs. Estatuto de Roma; *nemo tenetur* vs. deber de colaboración tributaria; *nemo tenetur* del acusado vs. obligación de motivación del tribunal— es una de las seis fracturas sistémicas identificadas en la Parte Undécima de este discurso.

PARTE CUARTA

EL SILENCIO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. El silencio administrativo como problema central del Derecho Administrativo español

Hay instituciones jurídicas que definen una disciplina no por su brillantez teórica sino por la incomodidad permanente que generan. El silencio administrativo es una de ellas. Ningún jurista que haya acompañado a un ciudadano en su relación con la Administración puede contemplar esta figura con la serenidad que exige el análisis desapasionado. El silencio administrativo es, antes que nada, una herida en el principio de legalidad: la confesión escrita en la propia ley de que la Administración no cumple su obligación de resolver, y de que el ordenamiento jurídico, en lugar de exigirle que la cumpla, ha construido un sistema alternativo que permite al particular sobrevivir pese al incumplimiento.¹⁵²

Que ese sistema alternativo haya acabado siendo, en muchos casos, un arma en manos de la propia Administración incumplidora es uno de los fenómenos más reveladores de la patología del procedimiento administrativo español. Como ha señalado Chaves García con precisión que no admite réplica, la Administración ha aprendido a utilizar el silencio negativo como estrategia deliberada de dilación, de modo que la técnica diseñada para proteger al administrado se convierte en escudo para el poder que no quiere resolver.¹⁵³ El Tribunal Supremo lo ha dicho con crudeza en su sentencia de 18 de diciembre de 2019: el principio de buena administración «colisiona frontalmente» con esta situación.¹⁵⁴

El recorrido que se propone parte del origen histórico de la institución — cuya genealogía española arranca del Estatuto Municipal de Primo de Rivera

de 1924— para llegar a los retos que plantea la inteligencia artificial y la automatización de los procedimientos. Entre ese punto de partida y ese horizonte se despliega una historia jurídica marcada por la tensión irresoluble entre dos exigencias contradictorias: la necesidad de que el administrado tenga siempre una respuesta que le permita acceder a los tribunales, y la incapacidad crónica de la Administración española para resolver sus expedientes en los plazos que ella misma se ha fijado.

2. Las dos dimensiones del silencio administrativo

El Derecho Administrativo es el único sector del ordenamiento en que el silencio tiene dos manifestaciones completamente opuestas en la misma norma: puede ser la Administración quien calle —silencio de la Administración ante las solicitudes del ciudadano— o puede ser el administrado quien calle —silencio del expedientado ante la imputación de una infracción—. En el primer caso, el silencio es una disfunción del aparato administrativo que el ordenamiento corrige atribuyendo efectos al transcurso del tiempo (silencio-constitutivo). En el segundo caso, el silencio es un derecho del ciudadano que el ordenamiento protege (silencio-garantía).¹⁵⁵

Esta duplicidad dentro del mismo sector normativo es uno de los fenómenos más interesantes de la teoría general del silencio jurídico, y uno de los más reveladores del carácter transversal del problema. El mismo Código —la Ley 39/2015— contiene las reglas sobre el silencio de la Administración y las reglas implícitas, derivadas de la doctrina constitucional, sobre el silencio del expedientado. El edificio sin pasillos tiene aquí, en el Derecho Administrativo, su expresión más compleja: dentro de un mismo módulo coexisten las dos lógicas opuestas del silencio.

3. Origen y evolución histórica

El silencio administrativo tiene en España un origen preciso y una motivación pragmática que conviene no olvidar. No nació de una reflexión teórica sobre los derechos del ciudadano frente a la Administración. Nació de un problema de gestión: la acumulación de solicitudes de licencias urbanísticas en la administración local, para las que no existía respuesta alguna. El Estatuto Municipal de Calvo Sotelo, de 8 de marzo de 1924, estableció en su artículo 268 la primera regulación general del silencio desestimatorio: transcurridos

cuatro meses desde la presentación de una petición sin que se hubiera dictado providencia o acuerdo de fondo, se consideraba denegada a los solos efectos de que el interesado pudiera recurrir. El silencio, en su origen español, no era garantía: era válvula de escape de un sistema congestionado.¹⁵⁶

La Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 consagró el silencio negativo como regla general y el positivo como excepción tasada, configurando una arquitectura que perduró hasta 1992. La Ley 30/1992 intentó invertir la lógica: convirtió el silencio positivo en regla general y el negativo en excepción. Pero lo hizo con tan escasa técnica que su Exposición de Motivos resultó más ambiciosa que el articulado, y la reforma de la Ley 4/1999 tuvo que reparar los daños reconduciendo el silencio negativo a su naturaleza de ficción legal.¹⁵⁷

La Ley 39/2015 es, en este punto, más continuista que rupturista. Sus artículos 21 a 25 recogen la regulación del silencio administrativo sin modificaciones sustanciales respecto a la arquitectura anterior, incorporando algunas precisiones jurisprudenciales —como la inexistencia de plazo para recurrir las desestimaciones presuntas, ya afirmada por la STC 52/2014— y añadiendo como excepción explícita al silencio positivo las actividades que puedan dañar el medio ambiente.¹⁵⁸ La incorporación de la Directiva de Servicios de 2006 (transpuesta mediante la Ley Ómnibus de 2009) amplió el silencio positivo exigiendo «razones imperiosas de interés general» para justificar el silencio negativo en procedimientos de acceso a actividades.¹⁵⁹

Lo que esta evolución revela, más allá de los cambios normativos, es una paradoja que Bolado-Alonso ha formalizado con claridad: el legislador ha tomado una técnica pensada para proteger al ciudadano frente a la inactividad de la Administración y la ha transformado, a través de innumerables leyes autonómicas y sectoriales que multiplican los supuestos de silencio negativo, en un mecanismo que protege a la Administración frente a las consecuencias de su propio incumplimiento.¹⁶⁰

4. El concepto jurídico-técnico: ficción, presunción o acto administrativo

La discusión sobre la naturaleza jurídica del silencio administrativo no es una cuestión académica menor. De ella dependen consecuencias prácticas de la mayor importancia: si el silencio positivo es un verdadero acto administrativo, la Administración no puede ignorarlo y solo puede reaccionar contra él a través de los procedimientos de revisión de oficio. Si es una mera ficción,

podría —al menos teóricamente— dictar una resolución denegatoria extemporánea con efectos equivalentes.

Velasco Caballero ha señalado con rigor que el llamado «acto presunto» no responde al concepto jurídico de presunción. La presunción opera sobre la base de hechos que permiten inferir la voluntad: el silencio administrativo, en cambio, no opera sobre la base de tales hechos. La ley impone directamente una consecuencia jurídica —positiva o negativa— con independencia de cuál hubiera podido ser la voluntad real de la Administración. Se trata, en la terminología que el Derecho alemán y francés han elaborado, de un «acto administrativo ficticio»: una ficción legal, no una presunción.¹⁶¹

Esta caracterización tiene consecuencias relevantes. La ficción legal no genera la seguridad jurídica que el acto administrativo expreso proporciona. El interesado que ha obtenido una licencia de obras por silencio positivo no tiene la certeza que proporciona el acto formal: no sabe si la Administración considera que su proyecto se ajusta a la normativa urbanística, no dispone de un documento formal que acredite la concesión ante terceros —notarios, registradores, entidades financieras—, y está expuesto a que la Administración reactive la instrucción del procedimiento. Esta inseguridad es, como ha reconocido el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de enero de 2009, una de las consecuencias más perturbadoras del sistema de silencio positivo en materia de licencias urbanísticas.¹⁶²

El derecho positivo vigente ha asumido, desde la reforma de 1999, una distinción de naturaleza entre el silencio positivo y el negativo que tiene consecuencias procesales directas. El silencio positivo se configura como acto finalizador del procedimiento: equivale, a todos los efectos, a una resolución expresa favorable, y la Administración que pretenda contradecirlo debe acudir al procedimiento de revisión de oficio del artículo 106 LPACAP. El silencio negativo, en cambio, es una mera ficción procesal: habilita al interesado para interponer el recurso que proceda, pero no extingue la obligación de resolver ni impone límite temporal alguno para el ejercicio de la acción, como ha afirmado el Tribunal Constitucional en la STC 52/2014.¹⁶³

5. La regla general del silencio positivo y el debate sobre su efectividad real

La Ley 39/2015 mantiene como regla general, para los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el silencio estimatorio. Esta regla, que en su enunciado parece protectora del ciudadano, ha sido objeto de una intensa

actividad jurisprudencial que ha recortado sus efectos hasta el punto de que algunos autores —Santamaría Pastor, González Navarro, García Pérez— han calificado el silencio positivo como una «trampa para ingenuos»: una norma cuya apariencia favorable esconde una realidad de inseguridad que pone al ciudadano que la invoca en peor situación que si hubiera esperado pacientemente la resolución expresa.¹⁶⁴

Las críticas se articulan en cuatro planos. En primer lugar, la jurisprudencia ha restringido el silencio positivo exigiendo que se trate de un «procedimiento formalizado» (STS de 14 de octubre de 2013). En segundo lugar, el silencio no opera cuando la solicitud afecta a la potestad de organización del servicio público (STS de 25 de junio de 2014). En tercer lugar, el silencio no puede generar derechos contrarios al ordenamiento jurídico (STS de 28 de enero de 2009, en materia urbanística). Y en cuarto lugar, el silencio no opera cuando la estimación de la solicitud perjudicaría a terceros interesados que no han tenido oportunidad de ser oídos.¹⁶⁵

Aguado i Cudolà ha sintetizado estas restricciones señalando que la jurisprudencia ha desvirtuado en muchos casos la aplicación del silencio positivo y ha acabado por convertirlo en un instrumento de inseguridad jurídica antes que de protección del ciudadano. La verdadera garantía, concluye, no puede ser el silencio sino la respuesta expresa de la Administración en plazo: el silencio es el fracaso del sistema, no su solución.¹⁶⁶

La paradoja es que, dicho esto con toda claridad, el legislador no ha articulado mecanismos suficientemente eficaces para que ese objetivo se alcance. La responsabilidad disciplinaria del funcionario que incumple la obligación de resolver en plazo —prevista en el artículo 21.6 de la Ley 39/2015— es en la práctica una previsión inerte. Los recursos contencioso-administrativos contra la inactividad del artículo 29 LJCA son un remedio útil pero de lenta tramitación. Y la ausencia de consecuencias económicas directas para la Administración incumplidora deja sin incentivos reales para resolver.

6. Las excepciones al silencio positivo: taxonomía y análisis crítico

Las excepciones al silencio positivo han proliferado hasta el punto de que la regla general corre el riesgo de convertirse en la excepción real. El artículo 24 de la Ley 39/2015 enumera los supuestos en que el silencio será desestimatorio: procedimientos del derecho de petición del art. 29 CE; solicitudes que impliquen transferencia de facultades relativas al dominio público o al

servicio público; actividades que puedan dañar el medio ambiente; procedimientos de responsabilidad patrimonial; y procedimientos de revisión de oficio.¹⁶⁷

6.1. *El silencio y el medio ambiente*

La incorporación de las actividades que puedan dañar el medio ambiente al catálogo de excepciones al silencio positivo tiene una sólida justificación que la doctrina ha asumido con pocas objeciones. Sanz Rubiales ha analizado esta cuestión señalando que la evaluación ambiental previa es, por su propia naturaleza, incompatible con el silencio positivo: no puede entenderse concedida una autorización de actividades con incidencia ambiental por el mero transcurso del tiempo.¹⁶⁸ La STC 70/2018 ha refrendado esta excepción.

La jurisprudencia del TEDH ha construido, a partir del artículo 8 CEDH, un verdadero derecho a la tranquilidad ambiental. La sentencia López Ostra c. España, de 9 de diciembre de 1994, fue el punto de partida de una línea jurisprudencial que Martínez Martínez c. España (STEDH de 18 de octubre de 2011) y la doctrina posterior sistematizada por Bouazza Ariño han consolidado: la inacción de las autoridades públicas ante situaciones de contaminación acústica o ambiental que superan los umbrales admisibles constituye una vulneración del artículo 8 CEDH.¹⁶⁹

6.2. *El silencio y la transparencia*

La Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, ha introducido un elemento de complejidad adicional. Su artículo 20.4 establece que el silencio ante una solicitud de información es negativo, lo que supone una excepción al régimen general de silencio positivo. La STS de 9 de enero de 2023 (rec. 1509/2022) ha establecido que el silencio ante solicitudes de información medioambiental formuladas al amparo de la Ley 27/2006 debe interpretarse en sentido negativo por aplicación supletoria del artículo 20.4 de la Ley 19/2013.¹⁷⁰ Como ha argumentado con solidez Gómez Fernández, esta solución puede ser contraria a la Directiva 2003/4/CE, que exige que la autoridad pública notifique motivadamente la denegación: una denegación tácita por silencio, al carecer de motivación, es contraria al Derecho europeo.¹⁷¹

7. El silencio en las licencias urbanísticas: la dialéctica entre seguridad jurídica y legalidad

El urbanismo es el campo de batalla en que la doctrina del silencio administrativo se ha forjado con mayor intensidad en el Derecho español. Las licencias urbanísticas son el instrumento mediante el cual la Administración local ejerce el control preventivo sobre el derecho de propiedad, y su denegación o demora tiene consecuencias económicas inmediatas y relevantes para los particulares.

Ruiz Bursón ha analizado la colisión entre la legislación de procedimiento administrativo común —que establece el silencio positivo como regla general— y la normativa estatal del suelo —que prohíbe la adquisición por silencio de facultades contrarias a la ordenación territorial o urbanística—. Esta colisión fue resuelta por el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de enero de 2009, dictada en interés de ley, con una solución que el propio Tribunal reconoció que genera una paradoja de seguridad jurídica: el interesado que ha transcurrido el plazo sin recibir respuesta no sabe si el silencio es positivo o negativo, porque ello depende de si su solicitud se ajusta o no a la legalidad urbanística, criterio que solo la Administración —que ha callado— o los tribunales pueden pronunciar.¹⁷²

La STS de 17 de junio de 2021 (rec. 2300/2020) ha establecido, con relevancia casacional, que cuando la licencia de obras condiciona la autorización de inicio a la emisión de un informe técnico favorable al replanteo, y ese informe no se notifica al interesado, no puede entenderse iniciado el plazo de caducidad de la licencia. La sentencia reitera con fuerza la doctrina constitucional de que el silencio administrativo no puede perjudicar al administrado ni beneficiar a la Administración incumplidora: es una garantía del ciudadano, no un instrumento del poder.¹⁷³

La paradoja urbanística que este discurso ha mencionado en la Parte Segunda conecta aquí con su dimensión más política: el mismo silencio positivo —el nacido de la inactividad de la Administración— ha operado de manera diametralmente opuesta según la orientación política del Gobierno de turno en materia de suelo. Cuando se quiso facilitar la edificación en prácticamente todo el territorio, el silencio positivo operaba sin obstáculos; cuando cambió la orientación, la jurisprudencia —y posteriormente las SSTS 43/2026 y 177/2026— adaptaron su alcance hasta convertirlo en el derecho más frágil del ordenamiento. El mismo instituto, los mismos textos legales, resultado

opuesto. La paradoja no es técnica: es política. Y señalarla es el primer paso para resolverla.¹⁷⁴

8. El silencio negativo: naturaleza de ficción legal y el problema del plazo de impugnación

La STC 52/2014 resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto al artículo 46.1 LJCA, que fijaba un plazo de seis meses para recurrir las desestimaciones presuntas. El Tribunal Constitucional declaró que, a la luz de la reforma de 1999 que devolvió al silencio negativo su naturaleza de ficción legal, la impugnación jurisdiccional de las desestimaciones por silencio no está sujeta al plazo de caducidad del artículo 46.1 LJCA.¹⁷⁵

La solución adoptada tiene la ventaja de proteger al ciudadano frente a la presión del plazo, pero tiene el inconveniente de dejar abierta indefinidamente la posibilidad de impugnación, lo que puede generar situaciones de prolongada incertidumbre jurídica. Aguado i Cudolà ha señalado que la solución más razonable no sería la inexistencia de plazo sino el inicio del cómputo desde que el interesado tenga pleno conocimiento de aquello que puede impugnar, en la línea de lo que el propio Tribunal Constitucional había apuntado en la STC 14/2006.¹⁷⁶

9. La inactividad material de la Administración

El silencio administrativo en sentido estricto es una forma de inactividad: la inactividad formal o resolutoria, que se produce cuando la Administración no dicta la resolución a la que está obligada. Pero la inactividad de la Administración es un fenómeno más amplio, que comprende también la inactividad material —la omisión de actuaciones a las que el ordenamiento jurídico obliga al margen del procedimiento administrativo— y la inactividad ejecutiva —el incumplimiento de los propios actos firmes o de las sentencias judiciales—. Esta distinción, que Nieto García estableció en su trabajo clásico de 1962, sigue siendo el marco conceptual básico para el análisis del fenómeno.¹⁷⁷

La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 articuló en su artículo 29 dos cauces diferenciados para combatir la inactividad de la Administración. El artículo 29.1 permite atacar la inactividad material cuando la Administración no cumple con obligaciones jurídicamente perfectas para cuya exigencia no sea necesario ejercer una potestad discrecional. El artículo

29.2 permite exigir la ejecución de los propios actos firmes de la Administración, incluidos los actos presuntos positivos, a través de un procedimiento abreviado.¹⁷⁸

Chaves García, en su análisis de la inactividad proscrita, ha señalado que la complicidad del ordenamiento jurídico con el incumplimiento administrativo —a través de los amplios plazos de tolerancia para la ejecución de sentencias, de los instrumentos de inejecución y de la resistencia práctica a las multas coercitivas— es uno de los pasivos más graves del Estado de Derecho español.¹⁷⁹

La STS de 7 de julio de 2022 (rec. 1240/2021) ha trazado una línea fronteriza relevante entre el silencio administrativo en sentido técnico y la inactividad material: cuando lo solicitado es que la Administración informe sobre una situación de hecho, no cabe calificar la falta de respuesta como silencio administrativo. La inactividad ante este tipo de solicitudes constituye un supuesto de omisión de una prestación debida que debe combatirse por la vía del artículo 29.1 LJCA, no por la del recurso contra el acto presunto.¹⁸⁰

10. El *nemo tenetur* en el procedimiento administrativo sancionador

La extensión del *nemo tenetur* al procedimiento administrativo sancionador es una de las aportaciones más relevantes de la jurisprudencia constitucional española. La STC 18/1981 estableció la unidad del *ius puniendi* estatal y la consiguiente aplicación de los principios del Derecho Penal —con ciertos matices— al procedimiento sancionador administrativo.¹⁸¹ Esta doctrina fue sucesivamente extendida por el TC hasta abarcar el conjunto de las garantías del artículo 24.2 CE, incluyendo el derecho a no declarar contra sí mismo.

El derecho al silencio del expedientado en el procedimiento administrativo sancionador tiene el mismo contenido que en el proceso penal: el ciudadano puede negarse a responder a las preguntas que le formule la Administración sin que ese silencio pueda ser utilizado en su contra. La diferencia con el proceso penal está en que la Administración sancionadora dispone, en muchos casos, de poderes de requerimiento de información: puede imponer la obligación de aportar documentos, de comparecer, de facilitar datos. Cuando esos poderes se ejercen en el contexto de un procedimiento que puede desembocar en sanciones, la tensión entre el deber de colaboración y el *nemo tenetur* se produce.¹⁸²

La respuesta del ordenamiento español a esta tensión es la doctrina de la tramitación separada: el procedimiento de regularización y el procedimiento

sancionador deben tramitarse por separado, de modo que la información obtenida bajo coacción en el primero no pueda utilizarse en el segundo. Pero esta separación formal es insuficiente cuando, en la práctica, los dos procedimientos se alimentan de la misma información.¹⁸³

La STS 2590/2025 (Sala Tercera) es la resolución más reciente y más relevante en materia de extensión del *nemo tenetur* al ámbito administrativo. La sentencia declaró que la denominación formal de la fase no determina el régimen de garantías aplicable: desde el momento en que hay certeza sobre los hechos y el presunto responsable está identificado, las garantías del procedimiento sancionador —incluyendo el *nemo tenetur*— son plenamente aplicables, con independencia de si la Administración ha iniciado formalmente el expediente disciplinario. Esta doctrina es coherente con la jurisprudencia del TEDH sobre el concepto autónomo de «acusación» del artículo 6 CEDH.¹⁸⁴

11. El silencio de la jurisdicción: la incongruencia *ex silentio*

El silencio no es privativo de la Administración. También los órganos jurisdiccionales pueden incurrir en una forma de silencio que tiene consecuencias constitucionales: la incongruencia omisiva o *ex silentio*, que se produce cuando una resolución judicial no da respuesta a las pretensiones o alegaciones sustanciales planteadas por las partes.

La STC 39/2023, de 8 de mayo, ha reafirmado la doctrina constitucional sobre la incongruencia omisiva como vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 24.1 CE.¹⁸⁵ La sentencia de instancia que, al desestimar la pretensión, no entra a examinar los argumentos principales del recurrente incurre en una forma de silencio que el derecho fundamental prohíbe: el juez, a diferencia del funcionario, no puede dar la llamada por respuesta.

En el ámbito específico del recurso contencioso-administrativo, la incongruencia *ex silentio* tiene una dimensión adicional que el artículo 33 de la LJCA recoge: el juez no puede resolver sobre pretensiones no formuladas ni sobre fundamentos distintos de los alegados por las partes, pero está obligado a responder a todo lo que las partes han planteado. La conexión entre el silencio de la Administración y el silencio de la jurisdicción es más estrecha de lo que parece: ambos pueden constituir formas de elusión del deber de responder que el ordenamiento jurídico prohíbe.¹⁸⁶

12. El silencio administrativo y la inteligencia artificial

La automatización de los procedimientos administrativos plantea por primera vez en la historia del Derecho Administrativo español la posibilidad de eliminar el silencio como patología sistémica. Chaves García ha señalado que los tiempos de respuesta de la Administración «perderán sentido en los términos morosos que los conocemos» y que las técnicas actuales —plazos, silencio administrativo, inactividad— «se verán superadas por la celeridad inherente al automatismo».¹⁸⁷

El artículo 41 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público define la actuación administrativa automatizada como «cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público». Esta definición abre la puerta a que la resolución expresa —el antídoto del silencio— sea automática y en tiempo real en procedimientos de carácter reglado.¹⁸⁸

Lo que el Derecho Administrativo debe garantizar, en este nuevo contexto, es que la automatización no produzca un nuevo tipo de silencio: el silencio del algoritmo que nadie ha auditado, que nadie comprende en su totalidad y cuya «caja negra» inaccesible sustituye la indolencia burocrática por la opacidad tecnológica. La Declaración de Tallin de 2017 y los Principios de la Comisión Europea sobre Inteligencia Artificial Fiable exigen que las decisiones automatizadas sean transparentes, explicables y recurribles. Un algoritmo que rechaza solicitudes sin motivación comprensible es, en sus efectos, tan ilegítimo como el funcionario que no resuelve.¹⁸⁹

13. La buena administración como antídoto y las propuestas de reforma

El silencio administrativo es, en su dimensión más profunda, un problema de cultura organizativa y de responsabilidad institucional. La buena administración, como derecho fundamental reconocido en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, exige que los ciudadanos sean atendidos «de modo imparcial, equitativo y dentro de un plazo razonable». El silencio administrativo es, en todos sus casos, la negación de este derecho.¹⁹⁰

Bolado-Alonso ha formulado diez razones para proponer la reforma jurídica del silencio administrativo, entre las que destacan la exigencia del principio de buena administración, la responsabilidad disciplinaria del funcionario y la

incompatibilidad del abuso del silencio negativo con el derecho a la transparencia.¹⁹¹ La propuesta más radical es la supresión progresiva del silencio administrativo como institución, sustituyéndolo por mecanismos de alerta temprana, auditorías periódicas de los procedimientos pendientes y un sistema de responsabilidad efectiva para los órganos que sistemáticamente incumplen los plazos.

La reforma más inmediatamente practicable, sin embargo, no pasa por eliminar el silencio sino por cambiar el incentivo: hacer que el incumplimiento del plazo tenga consecuencias económicas directas para la Administración. La STS de 2 de abril de 2019 (rec. 2154/2017) ha señalado que la Administración no puede escudarse en la incapacidad material de cumplir sus obligaciones para imponer a los ciudadanos «un verdadero peregrinaje por largos y costosos procedimientos».¹⁹²

El principio de buena administración, tal como lo ha desarrollado el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, no es una mera declaración retórica. Es un «derecho de última generación» —en la expresión de la STS de 30 de abril de 2012— vinculado al principio de transparencia, a la interdicción de la arbitrariedad y a la eficacia de la actuación administrativa.¹⁹³ Una Administración que resuelve sus procedimientos en plazo no hace más de lo que le obliga la Constitución en su artículo 103 y la Ley en su artículo 21. Una Administración que no lo hace viola la Constitución y la Ley.

Las propuestas de este discurso relativas al silencio administrativo son tres. La propuesta P.5 plantea la modificación del artículo 21.6 LPACAP para articular consecuencias económicas directas para el órgano que sistemáticamente incumple los plazos de resolución. La propuesta P.6 plantea establecer en el artículo 106 LPACAP un plazo máximo de un año para la iniciación de la revisión de los actos presuntos estimatorios, con reconocimiento del derecho del ciudadano de buena fe a una indemnización por confianza legítima defraudada cuando la revisión prospere. La propuesta P.7 plantea la incorporación expresa al artículo 47 LPACAP de la declaración de nulidad de pleno derecho de las resoluciones extemporáneas denegatorias dictadas cuando ya se ha producido el silencio estimatorio, sin necesidad de acudir al procedimiento de revisión de oficio.¹⁹⁴

14. Jurisprudencia del Tribunal Supremo: síntesis doctrinal

Puede sintetizarse el estado de la jurisprudencia en los siguientes ejes:

Sobre el silencio positivo como garantía del ciudadano: la STS de 17 de junio de 2021 (rec. 2300/2020) ha reafirmado con vigor que el silencio admi-

nistrativo está establecido en beneficio del administrado y no puede invocarse en su perjuicio. La Administración que no notifica el informe técnico que condicionaba el inicio de las obras no puede alegar el transcurso del plazo para declarar la caducidad de la licencia: su propio incumplimiento no puede generarle un beneficio.¹⁹⁵

Sobre los límites al silencio positivo: la STS de 7 de julio de 2022 (rec. 1240/2021) estableció que el silencio administrativo no opera cuando lo solicitado es que la Administración informe sobre una situación de hecho. La STS de 28 de enero de 2009 (interés de ley) mantiene plenamente su vigor en materia de licencias urbanísticas: no pueden adquirirse por silencio facultades que contravengan la ordenación territorial.¹⁹⁶

Sobre el silencio y buena administración: la STS de 18 de diciembre de 2019 (rec. 4442/2018) vinculó el principio de buena administración con el derecho a una resolución administrativa en plazo razonable. La STS de 6 de julio de 2023 (rec. 5316/2021) fijó doctrina casacional sobre los efectos del silencio en la vía de recurso: la inadmisión sin causa legal de un recurso contra la desestimación presunta vulnera el principio *pro actione* y el de buena administración.¹⁹⁷

Sobre la revisión de oficio del acto presunto positivo: la STS de 19 de marzo de 2018 (rec. 3388/2015) estableció que, una vez generado el silencio positivo, la Administración debe acudir al procedimiento de revisión de oficio del artículo 106 LPAC para neutralizarlo. Las SSTs 43/2026 y 177/2026 han llevado esta doctrina a su extremo lógico, declarando que esa revisión puede prosperar incluso cuando el silencio positivo había sido confirmado por sentencia judicial firme que solo se pronunció sobre la cuestión procesal, no sobre el fondo.¹⁹⁸

15. Conclusión: el silencio como test del Estado de Derecho

Frederic Sainz Moreno advirtió que la historia del Derecho Administrativo es la historia de la reducción de la resistencia de la Administración a un control judicial pleno. El silencio administrativo es una de las formas más persistentes de esa resistencia: no la del poder que actúa contra Derecho, sino la del poder que sencillamente no actúa, que da la callada por respuesta y espera que el tiempo haga lo que la ley prohíbe que haga la inactividad.¹⁹⁹

El Estado de Derecho exige que el poder público dé cuenta de sus decisiones. Esa exigencia no se agota en el control jurisdiccional *ex post*: incluye la obliga-

ción primaria de resolver, de motivar, de responder. El silencio administrativo no es un derecho de la Administración. Es, en el mejor de los casos, la última garantía del ciudadano frente a una Administración que no cumple con su deber. Y en el peor, es la institución que convierte ese incumplimiento en algo tolerable, normalizado, integrado en el funcionamiento ordinario del Estado.

Mientras esto no ocurra, el silencio administrativo seguirá siendo lo que describió Sainz de Robles en 1993: un escándalo en el Estado de Derecho.²⁰⁰

NOTAS

- [152] SAINZ DE ROBLES, F.C., «El llamado “silencio administrativo”, un escándalo en el Estado de Derecho», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (coord.), *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, vol. I, Civitas, Madrid, 1993.
- [153] CHAVES GARCÍA, J.R., *Derecho administrativo vivo*. Bosch. Barcelona. 2021.
- [154] STS (Sala 3.^a) 1853/2019, de 18 de diciembre (rec. 4442/2018; ECLI:ES:TS:2019:4115). Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Montero Fernández.
- [155] La distinción entre el silencio-constitutivo de la Administración y el silencio-garantía del expedientado en el mismo sector normativo es una de las expresiones más claras de la estructura tripartita del silencio jurídicamente relevante propuesta en este discurso.
- [156] PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo*, t. I, 26.^a ed., OPEN Ediciones Universitarias, Madrid, 2017, págs. 167-172. Sobre el Estatuto Municipal de 1924, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., «Unidad de jurisdicción para la Administración Pública», *Revista de Administración Pública*, núm. 49 (1966), págs. 11-56.
- [157] Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE núm. 285, de 27 de noviembre de 1992). Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992 (BOE núm. 12, de 14 de enero de 1999).
- [158] STC 52/2014, de 10 de abril (ECLI:ES:TC:2014:52). Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015), arts. 21-25.

- [159] Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DO L 376, de 27 de diciembre de 2006). Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE núm. 308, de 23 de diciembre de 2009).
- [160] Bolado-Alonso, J. (2020). Diez razones para proponer la reforma jurídica del silencio administrativo. *Revista de Derecho de la UNED (RDUNED)*, (25), 333–367. <https://doi.org/10.5944/rduned.25.2019.26996>
- [161] VELASCO CABALLERO, F., *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 89-102. Sobre la distinción entre ficción y presunción en el Derecho Administrativo alemán, MAURER, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 19.^a ed., Beck, Munich, 2017, § 9, nm. 81-85.
- [162] STS (Sala 3.^a) de 28 de enero de 2009 (rec. 45/2007; ECLI:ES:TS:2009:209). Doctrina del interés de ley: no pueden adquirirse por silencio positivo licencias contrarias a la ordenación territorial o urbanística.
- [163] STC 52/2014, *cit. supra* nota 158.
- [164] SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *op. cit. supra* nota anterior; GONZÁLEZ NAVARRO, F. y GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, 4.^a ed., Civitas, Cizur Menor, 2007, págs. 1123-1154.
- [165] STS de 14 de octubre de 2013 (rec. 2007/2012); STS de 25 de junio de 2014 (rec. 3111/2012); STS de 28 de enero de 2009 (interés de ley); STS de 28 de octubre de 2014 (rec. 4766/2011).
- [166] AGUADO I CUDOLÀ, V., *Silencio administrativo e inactividad*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, págs. 211-240.
- [167] Art. 24.1.b) Ley 39/2015, *cit. supra* nota 158.
- [168] SANZ RUBIALES, I., «La desaparición del silencio positivo de las licencias ambientales», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* (REALA), nueva época, núm. 11 (2019), págs. 96-105. STC 70/2018, de 21 de junio (ECLI:ES:TC:2018:70).
- [169] STEDH López Ostra c. España, de 9 de diciembre de 1994 (núm. 16798/90); STEDH Martínez Martínez c. España, de 18 de octubre de 2011 (núm. 21532/08). BOUAZZA ARIÑO, O., «Derecho al si-

- lencio ambiental en la jurisprudencia del TEDH», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 156 (2012), págs. 175-208.
- [170] STS (Sala 3.^a) de 9 de enero de 2023 (rec. 1509/2022; ECLI:ES:TS:2023:31). CASADO CASADO, L., “El acceso a la información ambiental en España: situación actual y perspectivas de futuro”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 53 (2019)».
- [171] GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., “El sentido del silencio en las solicitudes de acceso a la información medioambiental” (*STS 9/1/2023*), en *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, <http://revista.jacobeas.edu.mx/> Nº 24, junio 2023, págs. 55-72.
- [172] RUIZ BURSÓN, F.J., «Licencias urbanísticas y silencio administrativo», *Revista General de Derecho Administrativo* (Iustel), núm. 53 (enero 2020), págs. 1-44.
- [173] STS (Sala 3.^a) 874/2021, de 17 de junio (rec. 2300/2020; ECLI:ES:TS:2021:2673). Ponente: Excma. Sra. D.^a Ángeles Huet De Sande.
- [174] SSTs (Sala 3.^a) 43/2026 y 177/2026. Sobre la instrumentalización política del silencio positivo en materia urbanística, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Manual de Derecho Urbanístico*.
- [175] STC 52/2014, de 10 de abril (ECLI:ES:TC:2014:52). Voto particular de la magistrada Sra. Asua Batarrita.
- [176] AGUADO I CUDOLÀ, V., *op. cit. supra* nota 166, págs. 280-298. STC 14/2006, de 16 de enero (ECLI:ES:TC:2006:14).
- [177] NIETO GARCÍA, A., «La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 37 (1962), págs. 75-126.
- [178] Arts. 29.1 y 29.2 LJCA (Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; BOE núm. 167, de 14 de julio de 1998).
- [179] CHAVES GARCÍA, J.R., *Derecho administrativo vivo*, Bosch 2021.
- [180] STS (Sala 3.^a) de 7 de julio de 2022 (rec. 1240/2021; ECLI:ES:TS:2022:2894).
- [181] STC 18/1981, de 8 de junio (ECLI:ES:TC:1981:18). Sobre la extensión de los principios penales al procedimiento sancionador, NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, 5.^a ed., Tecnos, Madrid, 2012, págs. 154-198.

- [182] GARBERÍ LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMÍREZ, G., *El procedimiento administrativo sancionador*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 302-330.
- [183] STC 76/1990, de 26 de abril (ECLI:ES:TC:1990:76). Sobre la insuficiencia de la separación formal, PALAO TABOADA, C., *El derecho a no autoinculparse en el ámbito tributario*, Civitas, Cizur Menor, 2008, págs. 89-124.
- [184] SSTs 704/025, de 4 de junio (ECLI:ES:TS:2025:2590). STEDH Deweer c. Bélgica, de 27 de febrero de 1980, núm. 6903/75: concepto autónomo de «acusación» en sentido material.
- [185] STC 39/2023, de 8 de mayo (ECLI:ES:TC:2023:39). Art. 218.1 LEC.
- [186] Art. 33 LJCA. FERNÁNDEZ TORRES, J.R., *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 278-312.
- [187] CHAVES GARCÍA, J.R., *op. cit. supra* nota 153, págs. 215-228.
- [188] Art. 41 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015).
- [189] Declaración de Tallin sobre la Administración electrónica, adoptada por los ministros de la UE en Tallin, 6 de octubre de 2017. COMUNICACIÓN de la Comisión Europea, «Estrategia para la Inteligencia Artificial», COM(2018) 237 final.
- [190] Art. 41 CDFUE. TORNOS MAS, J., «El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración Pública», en homenaje a Martín-Retortillo, vol. 1, Universidad de Zaragoza, 2008, pp. 629-642.
- [191] BOLADO-ALONSO, D., *op. cit. supra* nota 160.
- [192] STS (Sala 3.ª) de 2 de abril de 2019 (rec. 2154/2017; ECLI:ES:TS:2019:1068).
- [193] STS (Sala 3.ª) de 30 de abril de 2012 (rec. 1869/2011). Citada por CHAVES, J.R., en su *blog delaJusticia.com*, ARTÍCULO: “Principio de buena administración: nuevo paradigma de control de la discrecionalidad”, de 7.06.2016. Se puede encontrar en <https://delajusticia.com/2016/06/07/principio-de-buena-administracion-nuevo-paradigma-de-control-de-la-discrecionalidad/> Sobre el principio de buena administración como derecho subjetivo, PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, Valladolid, 2001, págs. 89-142.

- [194] Propuesta P.5: modificación del art. 21.6 LPACAP para establecer consecuencias económicas directas —multas coercitivas automáticas— para el órgano que supere en más del doble el plazo máximo de resolución. Propuesta P.6: reforma del art. 106 LPACAP para establecer plazo máximo de un año para la revisión de oficio de los actos presuntos estimatorios e indemnización por confianza legítima. Propuesta P.7: declaración de nulidad de pleno derecho de las resoluciones extemporáneas denegatorias posteriores al silencio estimatorio.
- [195] STS (Sala 3.^a) de 17 de junio de 2021, *cit. supra* nota 173. STS de 16 de julio de 1997 (rec. 13929/1991).
- [196] STS de 7 de julio de 2022, *cit. supra* nota 180; STS de 28 de enero de 2009, *cit. supra* nota 162.
- [197] La STS de 6 de julio de 2023 (rec. 5316/2021) fijó doctrina casacional sobre el silencio administrativo en vía de recurso: la desestimación presunta de una reclamación válida y tempestiva es imputable a la Administración en su conjunto —que actúa con personalidad jurídica única—, de suerte que la inadmisión del recurso jurisdiccional carente de causa legal vulnera el derecho de acceso al proceso (art. 24.1 CE), interpretado a la luz de los principios pro actione y de buena administración.
- [198] STS de 19 de marzo de 2018 (rec. 3388/2015; ECLI:ES:TS:2018:928). SSTs 43/2026 y 177/2026.
- [199] SAINZ MORENO, F., «La actividad administrativa de limitación», Documentación Administrativa, núm. 189 (1981), págs. 57-90. Cit. en CHAVES GARCÍA, J.R., *op. cit. supra* nota 179, pág. 17.
- [200] SAINZ DE ROBLES, F.C., *op. cit. supra* nota 152, pág. 7.

PARTE QUINTA

EL SILENCIO EN EL DERECHO TRIBUTARIO

1. La tensión constitucional: artículo 31.1 CE contra artículo 24.2 CE

El Derecho Tributario es el sector del ordenamiento español en que se manifiesta con mayor crudeza y mayor trascendencia práctica la tensión entre el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos —que exige la colaboración activa del contribuyente con la Administración tributaria— y el derecho a no declarar contra sí mismo —que ampara el silencio del ciudadano frente al Estado cuando este ejerce su *ius puniendi*.²⁰¹

Esta tensión tiene la particularidad singular de que sus dos polos tienen fundamento constitucional explícito: el art. 31.1 CE y el art. 24.2 CE son normas del mismo rango. Su resolución no puede hacerse mediante jerarquía normativa sino mediante un juicio de ponderación de la máxima sofisticación, que el Tribunal Constitucional afrontó en la STC 76/1990 y que el Tribunal Supremo ha reelaborado profundamente en la STS de 4 de diciembre de 2025. La evolución entre ambos pronunciamientos —treinta y cinco años de jurisprudencia del TEDH mediante— es uno de los ejemplos más ilustrativos de la recepción del Derecho convencional europeo en el ordenamiento jurídico español, y uno de los más reveladores de hasta qué punto la doctrina del *nemo tenetur* ha avanzado desde entonces.²⁰²

La estructura del problema es la siguiente. El contribuyente sometido a inspección es simultáneamente portador de una obligación de colaboración activa —el silencio está prohibido en el procedimiento inspector, bajo amenaza de sanción— y titular del derecho a no autoincriminarse —el silencio está protegido en el procedimiento sancionador, como emanación del artículo 24.2 CE—. El mismo sujeto, ante la misma Administración, con los mismos

hechos como objeto, tiene una obligación y un derecho que apuntan en direcciones opuestas. Esta paradoja no es accidental: es el resultado de que el Derecho Tributario español nunca resolvió expresamente la tensión entre sus propios instrumentos de control y las garantías constitucionales del ciudadano sometido a ellos. Y es el banco de pruebas más exigente de toda la teoría general del silencio jurídicamente relevante.

2. La STC 76/1990 y el modelo clásico de compatibilidad

La STC 76/1990, de 26 de abril, estableció la posición clásica del Tribunal Constitucional sobre la compatibilidad entre el deber de colaboración tributaria y el *nemo tenetur*.²⁰³ Su construcción conceptual arranca de una distinción que hoy parece insuficiente pero que en 1990 tenía una sólida apariencia de solidez: la información que el contribuyente aporta al procedimiento inspector no es una «declaración en el proceso» en el sentido del art. 24.2 CE, sino el cumplimiento de una obligación jurídica previa. El *nemo tenetur* se aplica plenamente en el expediente sancionador, al que no se puede trasladar la información obtenida bajo coacción en el inspector; pero en el inspector mismo, el contribuyente está obligado a colaborar.

El mecanismo de garantía que la STC 76/1990 diseñó es el de la separación formal de los procedimientos: el procedimiento de comprobación-liquidación y el procedimiento sancionador se tramitan por separado, y la información obtenida en el primero solo puede incorporarse al segundo mediante un traslado formal sometido a las condiciones que la ley establezca.²⁰⁴

Esta posición fue criticada por la doctrina desde el primer momento. Palao Taboada, Zornoza Pérez y Lago Montero señalaron con rigor que la separación meramente formal de los procedimientos, sin garantías sobre el uso en el sancionador de la información obtenida bajo coacción en el inspector, era insuficiente para tutelar el *nemo tenetur* del contribuyente.²⁰⁵ En la práctica, la información obtenida bajo amenaza de sanción en el procedimiento inspector se incorporaba sistemáticamente al expediente sancionador en virtud del artículo 210.2 LGT, haciendo que la separación formal fuera, en muchos casos, una ficción. El contribuyente que se negaba a aportar la documentación requerida era sancionado por obstrucción; el que la aportaba veía esa misma documentación convertida en prueba en el expediente sancionador. El *nemo tenetur*, en este esquema, quedaba reducido a un derecho de aplicación marginal.

3. La evolución de la doctrina del TEDH: cuatro sentencias que cambian el panorama

La jurisprudencia del TEDH ha construido progresivamente los límites del deber de colaboración tributaria frente al *nemo tenetur* en cuatro sentencias de creciente elaboración, que representan el desarrollo más importante del derecho al silencio en el ámbito fiscal europeo de los últimos treinta años.

La primera sentencia es *Funke c. Francia*, de 25 de febrero de 1993. Las autoridades aduaneras francesas exigieron coactivamente al Sr. Funke la aportación de documentos cuya existencia era incierta. El TEDH declaró que las particularidades del Derecho aduanero no pueden justificar una violación del derecho de todo imputado a guardar silencio y a no contribuir a su propia incriminación.²⁰⁶ Es la primera sentencia del TEDH que aplica el *nemo tenetur* al ámbito tributario-sancionador, y su impacto en el debate español fue inmediato aunque su recepción legislativa tardase décadas.

La segunda sentencia es *Saunders c. Reino Unido*, de 17 de diciembre de 1996. El TEDH declaró con una formulación de alcance general que el derecho a no autoincriminarse presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la persona acusada.²⁰⁷ Al mismo tiempo, el Tribunal introdujo una excepción que sería capital para desarrollos posteriores: los documentos que tienen existencia independiente de la voluntad del declarante —los que existen con anterioridad al requerimiento y por razones distintas al procedimiento sancionador— pueden ser exigidos legítimamente.

La tercera sentencia es *JB c. Suiza*, de 3 de mayo de 2001. El caso ponía de relieve que la estrecha vinculación entre el procedimiento de liquidación tributaria y el sancionador —la información obtenida en el primero se utilizaba directamente en el segundo— hacía que la coacción empleada en el inspector trasladara sus efectos al sancionador, violando el *nemo tenetur* con independencia de la separación formal de los dos procedimientos.²⁰⁸ Esta sentencia es el precedente más directo de la crítica española a la STC 76/1990 y el que más directamente anuncia la solución que adoptaría la STS 4.12.2025.

La cuarta sentencia es *De Legé c. Países Bajos*, de 4 de octubre de 2022. El TEDH elaboró con precisión los criterios para determinar cuándo los documentos requeridos coactivamente tienen existencia independiente de la voluntad del contribuyente: deben preexistir al requerimiento; su existencia no debe depender de la voluntad del requerido de crearlos; y deben ser específicos

y determinados, no el resultado de una *fishing expedition* indiscriminada.²⁰⁹ Estos criterios conforman el denominado test de existencia independiente, que la STS 4.12.2025 adoptaría como doctrina vinculante en el ordenamiento español.

4. La STJUE DB c. CONSOB y el Derecho de la Unión Europea

La STJUE de 2 de febrero de 2021, DB c. CONSOB (C-481/19), extendió la protección del *nemo tenetur* al ámbito de los procedimientos administrativos sancionadores regulados por el Derecho de la Unión Europea.²¹⁰ El TJUE declaró que los artículos 47 y 48.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea garantizan el derecho a guardar silencio no solo en los procesos penales sino también en los procedimientos administrativos que pueden desembocar en sanciones de carácter punitivo, definidas estas por su naturaleza y severidad, con independencia de su calificación formal.

La relevancia de esta sentencia para el Derecho Tributario español es doble y de enorme alcance práctico. Por un lado, el TJUE aclaró que el derecho al silencio se extiende a cualquier información de hecho que pueda ser utilizada posteriormente para probar la infracción —no solo a las declaraciones expresamente confesorias—, lo que amplía considerablemente el ámbito de protección del contribuyente. Por otro lado, la sentencia vincula directamente a las Administraciones tributarias españolas cuando actúan en el ámbito del Derecho de la Unión Europea: en los procedimientos relativos al IVA, a los impuestos especiales y a los tributos aduaneros, el *nemo tenetur* del TJUE es de aplicación directa e inmediata, con independencia del nivel de protección que ofrezca el Derecho nacional.²¹¹

Esta doble dimensión —ampliación del objeto del derecho y extensión de su aplicación a todos los procedimientos administrativos punitivos conectados con el Derecho de la UE— convierte la STJUE DB c. CONSOB en un punto de inflexión que la STS 4.12.2025 no podía ignorar y que efectivamente incorporó a su razonamiento.

5. La STS de 4 de diciembre de 2025: el test de existencia independiente

La STS de 4 de diciembre de 2025 (Sala Tercera, Sección Segunda, rec. 3664/2023) es la resolución más relevante del período analizado en materia de *nemo tenetur* tributario, y una de las más importantes del Derecho Tribu-

tario español de los últimos años.²¹² Estableció como doctrina jurisprudencial vinculante el denominado «test de existencia independiente»: la documentación e información aportada bajo coacción legal en el procedimiento inspector solo puede incorporarse al expediente sancionador si tiene «una existencia que pueda ser calificada como independiente de la voluntad del obligado tributario».

El test distingue con precisión dos categorías de documentos y de información. La primera categoría son los documentos y la información de existencia independiente: los que el contribuyente está obligado a llevar o conservar por ley con fines distintos al procedimiento sancionador —libros de contabilidad, facturas, registros tributarios, extractos bancarios—. Estos documentos pueden ser exigidos coactivamente bajo amenaza de sanción y los resultados de su examen pueden ser utilizados en el expediente sancionador. Su entrega coactiva no viola el *nemo tenetur* porque su existencia precede al requerimiento y es independiente de él.²¹³

La segunda categoría son los documentos y la información sin existencia independiente: los creados específicamente en respuesta al requerimiento del inspector, cuya existencia depende de la voluntad del contribuyente de crearlos. No puede exigirse su aportación bajo amenaza de sanción, y si son aportados no pueden ser utilizados en el expediente sancionador. Incluyen, por ejemplo, las explicaciones escritas sobre transacciones concretas, los informes elaborados específicamente para responder al requerimiento, o los análisis de operaciones que el contribuyente no estaba legalmente obligado a documentar de antemano.²¹⁴

La claridad dogmática de la distinción se gana aún más con la terminología alternativa que la doctrina ha propuesto y que este discurso adopta por su valor pedagógico: la diferencia entre soporte y contenido. La Administración puede exigir el soporte —el documento que preexiste, como una factura, un contrato, un extracto bancario—, porque ese documento tiene vida propia con independencia del procedimiento inspector. Lo que la Administración no puede exigir coactivamente es el contenido creado *ad hoc*: la explicación del contribuyente sobre qué significa esa factura, la interpretación que hace de una operación concreta, el análisis que construye específicamente para responder al requerimiento. El soporte preexiste y puede ser exigido; el contenido nace de la voluntad del contribuyente bajo coacción y, por ello, está protegido por el *nemo tenetur*. Esta distinción soporte/contenido es operativa, verificable en el caso concreto y compatible con el test de existencia independiente del

TEDH: el soporte tiene existencia independiente; el contenido, por definición, no la tiene.^{214b}

La STS 4.12.2025 codifica en el Derecho español el estándar del TEDH elaborado en la sentencia De Legé. Supone una evolución significativa y muy relevante respecto a la STC 76/1990: ya no es suficiente la separación formal de procedimientos. La Administración debe analizar, caso a caso y de forma motivada, si la prueba que pretende trasladar al sancionador fue obtenida respetando el *nemo tenetur*. Una prueba trasladada sin ese análisis motivado es prueba obtenida en violación de un derecho fundamental y no puede fundar la sanción.²¹⁵

Esta doctrina tiene además una vocación de generalidad que trasciende el Derecho Tributario. El test de existencia independiente no es una solución ad hoc para un problema tributario: es la traducción jurisprudencial española de un principio del TEDH que es aplicable a cualquier procedimiento —administrativo, disciplinario, regulatorio— en que la autoridad exija coactivamente información que pueda utilizarse posteriormente con fines punitivos. La STS 2590/2025 sobre la fase presancionadora en el ámbito disciplinario, analizada en la Parte Cuarta, es la confirmación de que esa generalización está ya en marcha.

6. Propuesta P.10: la codificación legal del test

La doctrina de la STS 4.12.2025 es jurídicamente correcta y procesalmente necesaria. Pero es únicamente jurisprudencia. El contribuyente que desea conocer *ex ante* cuáles son los límites de la coacción tributaria debe buscar esa respuesta en una resolución judicial, no en un precepto legal que el legislador haya aprobado. Eso vulnera el principio de seguridad jurídica y, específicamente, el principio de legalidad sancionadora que el artículo 25.1 CE consagra: las restricciones a los derechos fundamentales deben estar establecidas en la ley, no construirse *a posteriori* por vía jurisprudencial.²¹⁶

La propuesta P.10 de este discurso es por tanto la siguiente: el test de existencia independiente debe codificarse mediante la reforma del artículo 210.2 de la Ley General Tributaria, estableciendo expresamente el criterio para determinar qué documentos e información obtenidos en el procedimiento inspector pueden trasladarse al expediente sancionador. La norma debe distinguir con claridad entre los documentos de existencia independiente —que pueden ser exigidos coactivamente y trasladados— y los documentos y

respuestas creados específicamente en respuesta al requerimiento —que no pueden serlo—. Y debe establecer la consecuencia procesal expresa de la infracción: la nulidad de pleno derecho de la sanción que se funde en prueba obtenida en violación del *nemo tenetur*.²¹⁷

Esta reforma no requiere modificación constitucional. No requiere revisión de la STC 76/1990. No requiere ningún cambio en la estructura del sistema tributario. Requiere únicamente que el legislador traslade a la ley lo que el Tribunal Supremo ya ha decidido que es Derecho vigente. Es, en ese sentido, la propuesta más sencilla técnicamente de todas las que formula este discurso, y también una de las más urgentes.

7. El silencio de la Administración tributaria: prescripción y silencio desestimatorio

El Derecho Tributario regula también el silencio de la Administración ante el ciudadano, y lo hace con una arquitectura que guarda simetría notable con el Derecho Administrativo general analizado en la Parte Cuarta.

El artículo 240.1 de la Ley General Tributaria establece que transcurrido el plazo de un año del art. 235 LGT sin resolución expresa de la reclamación económico-administrativa, el interesado puede considerar desestimada la reclamación a efectos del recurso procedente.²¹⁸ Es el silencio negativo tributario: una ficción procesal que habilita el recurso pero no extingue la obligación de resolver. El diseño es idéntico al del silencio negativo de la Ley 39/2015: la inactividad de la Administración produce efectos procesales, no materiales, y la obligación de resolver permanece.

La prescripción tributaria de los artículos 66 y siguientes LGT es el equivalente tributario de la prescripción extintiva civil: la inactividad de la Administración durante el plazo cuatrienal produce la extinción de su derecho a liquidar y sancionar.²¹⁹ El silencio de la Administración tributaria —su inacción durante cuatro años ante un hecho imponible— tiene, en este plano, efectos mucho más contundentes que su silencio en el procedimiento de reclamación: extingue definitivamente la potestad tributaria.

La novedad del artículo 66 bis LGT, introducida por la Ley 34/2015, ha complicado este panorama de manera significativa. El precepto establece la imprescriptibilidad de la potestad de comprobación sobre los hechos que determinan la obligación tributaria, incluso de ejercicios prescritos, para permitir que la Administración los utilice como antecedentes en la regularización

de ejercicios no prescritos.²²⁰ Esta disociación entre el efecto extintivo de la prescripción —que opera con normalidad sobre el derecho a liquidar y sancionar— y la supervivencia de la potestad de comprobación sobre los mismos hechos ha generado un debate doctrinal intenso sobre su compatibilidad con el principio de seguridad jurídica.

El resultado práctico de esta disociación es llamativo: el contribuyente que cometió un fraude fiscal en un ejercicio prescrito no puede ser sancionado por ese fraude —la prescripción extinguió esa posibilidad—, pero la Administración puede comprobar el fraude y utilizarlo para regularizar los efectos que ese fraude haya tenido en ejercicios no prescritos. La prescripción extingue la acción pero no borra el hecho. Como ha señalado la doctrina tributarista, este planteamiento no es nuevo en el Derecho —la prescripción extintiva nunca ha borrado los hechos, solo las acciones—, pero su aplicación al ámbito tributario con sus especificidades crea fricciones con el principio de seguridad jurídica que merecen un análisis cuidadoso.²²¹

8. El *nemo tenetur* tributario en perspectiva sistémica: la tensión más aguda del ordenamiento

El Derecho Tributario es el sector del ordenamiento en que la incoherencia intersectorial del sistema español del ocultamiento jurídicamente relevante se manifiesta de forma más aguda y más prácticamente dañina. El mismo sujeto —el contribuyente sometido a inspección— es simultáneamente portador de una obligación de colaboración activa y titular del derecho a no autoincriminarse. La STS 4.12.2025 ha intentado resolver esta tensión con el test de existencia independiente, pero de forma casuística y sin reforma legal. La propuesta P.10 completa y estabiliza esa solución en el plano normativo.²²²

La conexión entre el Derecho Tributario y los demás sectores analizados en este discurso se produce en dos planos relevantes. En el plano penal, la STS 4.12.2025 codifica en materia tributaria el test de existencia independiente que el TEDH elaboró para los ámbitos tributario-sancionadores, ofreciendo al Derecho Penal un instrumento metodológico aplicable también fuera del ámbito fiscal. En el plano administrativo general, la tensión entre el deber de colaboración tributaria y el *nemo tenetur* es el caso más agudo del problema más general que la STS 2590/2025 abordó en materia disciplinaria: cuándo la información obtenida en el procedimiento de comprobación puede trasladarse al sancionador. La respuesta —el test de existencia independiente— tiene vo-

cación de generalidad que trasciende el Derecho Tributario y que este discurso propone consolidar normativamente.²²³

Hay una tercera conexión que merece señalarse explícitamente: la tensión entre el artículo 31.1 CE y el artículo 24.2 CE, que es la tensión más aguda del ordenamiento en materia de silencio jurídicamente relevante, refleja con claridad la paradoja central de este discurso. El Estado que exige al ciudadano que hable —que colabore, que aporte documentos, que explique sus operaciones— es el mismo Estado que garantiza al ciudadano que puede callar cuando el objetivo de esa colaboración es punitivo. La frontera entre la colaboración exigible y la autoincriminación prohibida no es una frontera natural que el legislador puede ignorar. Es una frontera que el legislador debe trazar expresamente, con los criterios que la jurisprudencia constitucional y convencional han elaborado, y que debe mantener estable para que el ciudadano pueda orientar su conducta con la previsibilidad que el Estado de Derecho exige.

Mientras el artículo 210.2 LGT no sea reformado para incorporar el test de existencia independiente, esa frontera seguirá estando trazada únicamente por la jurisprudencia, de manera casuística y con los márgenes de incertidumbre que toda construcción jurisprudencial lleva inevitablemente consigo.

NOTAS

- [201] Art. 31.1 CE: «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio». Art. 24.2 CE: derecho a no declarar contra sí mismo. PALAO TABOADA, C., *El derecho a no autoinculparse en el ámbito tributario*, Civitas, Cizur Menor, 2008, págs. 19-42.
- [202] Sobre la tensión entre los arts. 31.1 y 24.2 CE como problema de ponderación constitucional, SÁNCHEZ LÓPEZ, M.E., *Los deberes de información tributaria desde la perspectiva constitucional*, CEPC, Madrid, 2001, págs. 89-118.
- [203] STC 76/1990, de 26 de abril (ECLI:ES:TC:1990:76).
- [204] Art. 210.2 LGT (Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria; BOE núm. 302, de 18 de diciembre de 2003): «Los datos, pruebas o circunstancias que obren en el expediente relativo al procedimiento

de aplicación de los tributos [...] podrán incorporarse, previo cumplimiento de los requisitos establecidos al efecto en cada caso, en los expedientes sancionadores».

- [205] PALAO TABOADA, C., *op. cit. supra* nota 201, págs. 89-124. ZORNOZA PÉREZ, J.J., *El sistema de infracciones y sanciones tributarias*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 261-289. LAGO MONTERO, J.M., «Procedimiento sancionador separado del procedimiento de liquidación tributaria: reflexiones sobre el derecho a no autoinculparse», XIX *Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Lisboa, 1998.
- [206] STEDH Funke c. Francia, de 25 de febrero de 1993, núm. 10828/84 (ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884), §§ 44-45. ANEIRO PEREIRA, J., «El derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Quincena Fiscal*, núm. 17 (2002).
- [207] STEDH Saunders c. Reino Unido, de 17 de diciembre de 1996, núm. 19187/91 (ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791), § 68.
- [208] STEDH JB c. Suiza, de 3 de mayo de 2001, núm. 31827/96 (ECLI:CE:ECHR:2001:0503JUD003182796), §§ 63-71.
- [209] STEDH De Legé c. Países Bajos, de 4 de octubre de 2022, núm. 58342/15 (ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215), §§ 56-68. Criterios del test de existencia independiente: preexistencia al requerimiento, independencia de la voluntad del requerido y especificidad de los documentos.
- [210] STJUE (Gran Sala) DB c. CONSOB, C-481/19, de 2 de febrero de 2021 (ECLI:EU:C:2021:84), § 41.
- [211] STJUE DB c. CONSOB, *cit. supra* nota 210, § 56.
- [212] STS 1578/2025 (Sala 3.ª, Sección Segunda) de 4 de diciembre de 2025 (rec. cas. 3664/2023). Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Fernández-Lomana García. El texto de la doctrina jurisprudencial establecida: «La Administración, al trasladar la prueba obtenida en los procesos de aplicación al procedimiento sancionador, deberá analizar si ha obtenido alguna prueba contraria al derecho de no autoincriminación y, de haberlo hecho, no podrá, a efectos sancionadores, tener en cuenta dicha prueba ni las derivadas de aquélla».
- [213] Sobre la categoría de documentos de existencia independiente en la STS 4.12.2025, *vid.* el comentario doctrinal que oportunamente se publique en revistas especializadas como *Quincena Fiscal* o *Crónica Tributaria*.

- [214] PALAO TABOADA, C., «El derecho a no autoinculparse del contribuyente», Civitas. *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 96 (1997), págs. 563-594.
- [215] Sobre la evolución desde la STC 76/1990 hasta la STS 4.12.2025 en materia de procedimiento sancionador tributario, *vid.* la jurisprudencia citada *supra* y la doctrina especializada en este ámbito.
- [216] Art. 25.1 CE (principio de legalidad sancionadora). Sobre la reserva de ley en materia de restricciones al *nemo tenetur* tributario, CAZORLA PRIETO, L.M., *Derecho Financiero y Tributario*. Parte General, 23.^a ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2023.
- [217] Propuesta P.10 de este discurso: «Modificación del artículo 210.2 de la Ley General Tributaria para establecer expresamente el test de existencia independiente como presupuesto de la transferibilidad de prueba del procedimiento inspector al expediente sancionador, con previsión expresa de la nulidad de pleno derecho de la sanción que se funde en prueba obtenida en violación del derecho a no autoinculparse».
- [218] Art. 240.1 LGT: «Transcurrido un año desde la iniciación de la instancia correspondiente sin que se haya notificado resolución expresa, y siempre que se haya aceptado la reclamación, podrá entenderse desestimada al efecto de interponer el recurso procedente». FALCÓN Y TELLA, R., *Derecho Financiero y Tributario*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid (última edición).
- [219] Arts. 66 y ss. LGT. PÉREZ ROYO, F. y CARRASCO GONZÁLEZ, F.M., *Derecho Financiero y Tributario*. Parte General, 33.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 640 págs.
- [220] Art. 66 bis LGT (introducido por Ley 34/2015, de 21 de septiembre; BOE núm. 227, de 22 de septiembre de 2015).
- [221] FERREIRO LAPATZA, J.J., *Curso de Derecho Financiero Español*, Marcial Pons, Madrid (obra de referencia general en la materia).
- [222] Sobre la vocación de generalidad del test de existencia independiente más allá del Derecho Tributario, *vid.* la doctrina especializada en Derecho administrativo sancionador.
- [223] La propuesta P.10 se conecta con las propuestas P.4 (LECrím y doctrina Murray), P.6 (revisión de oficio del acto presunto) y P.11 (procedimiento disciplinario mínimo en el ET) como parte de un programa legislativo coherente de refuerzo de las garantías del ciudadano frente a todos los procedimientos punitivos del Estado.

PARTE SEXTA

EL SILENCIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1. El silencio en los ordenamientos plurales: introducción

El silencio adopta, en el tráfico jurídico transfronterizo, una dimensión que no tiene equivalente en los ordenamientos puramente internos. Cuando un contrato conecta con varios sistemas jurídicos, cuando las partes no han elegido la ley aplicable, cuando los principios del comercio internacional no están codificados en ningún texto de Derecho positivo estatal, o cuando el legislador supranacional ha preferido no pronunciarse sobre una cuestión que la práctica comercial exige resolver, el silencio adquiere una complejidad específica que el Derecho Internacional Privado, el Derecho Europeo de Contratos y la llamada *lex mercatoria* han abordado con instrumentos distintos y con resultados que aún están lejos de ser definitivos.²²⁴

La Parte Sexta de este discurso analiza el silencio en el Derecho Internacional en sus dos dimensiones principales: el Derecho Internacional Privado —que regula el silencio de las partes en el tráfico transfronterizo y sus consecuencias sobre la ley aplicable y la jurisdicción competente— y el Derecho Internacional Público —que regula el silencio del Estado en sus relaciones con otros Estados y en el seno de las organizaciones internacionales—. En ambas dimensiones, el silencio revela sus efectos más insospechados: en el plano privado, puede determinar el ordenamiento jurídico que rige toda la vida de una empresa; en el plano público, puede vincular a un Estado —y a través de él, a todos sus ciudadanos— por decisiones que nadie adoptó expresamente.

2. El silencio de las partes en el tráfico privado transfronterizo: Efrén Rivera Ramos y la cartografía del silencio jurídico

El discurso de incorporación de Efrén Rivera Ramos a la Academia Puertorriqueña de Jurisprudencia y Legislación, pronunciado en 2017 bajo el título «El Derecho y el Silencio», es uno de los pocos textos jurídicos en lengua española que se propone construir, con vocación sistemática, una teoría general del silencio en el Derecho.²²⁵ Su contribución organiza el análisis en torno a cuatro líneas de investigación: el silencio como objeto de regulación jurídica; el silencio como referente hermenéutico; los efectos sociales del silencio; y el silencio como elemento constitutivo del Derecho mismo.

La segunda línea —el silencio como referente hermenéutico— tiene el mayor rendimiento para el Derecho Internacional. El silencio del ordenamiento agudiza la necesidad de interpretación y amplía la discreción del intérprete. Esta observación tiene una precisión específica cuando el silencio es el del legislador europeo sobre la *lex mercatoria* en el Reglamento Roma I, o el de los Estados americanos sobre la aplicabilidad de la Convención de México: en ambos casos el intérprete debe decidir si el silencio significa exclusión implícita o mera laguna colmable por otras vías.²²⁶

La reflexión de Rivera Ramos sobre los usos del silencio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos es especialmente relevante. Las diferencias entre *Youngstown* —donde el silencio del Congreso sobre la incautación de industrias siderúrgicas se interpreta como desautorización— y *Dames & Moore v. Regan* —donde un silencio análogo se interpreta como autorización— demuestran que el silencio del ordenamiento no tiene un significado intrínseco universal.²²⁷ El significado del silencio depende del contexto, de las expectativas razonables de los operadores jurídicos y de los principios que el intérprete considera aplicables en ese ámbito.

3. La ley aplicable a los contratos internacionales: el silencio de las partes y la historia de sus soluciones

El estudio de Javier Carrascosa González recorre casi veinte siglos de soluciones al problema de cuál es la ley aplicable a los contratos que conectan con más de un ordenamiento jurídico.²²⁸ La tesis central —que el progreso del Derecho Internacional Privado se debe a personas concretas, con nombres y apellidos, que pusieron su inteligencia al servicio del intercambio internacio-

nal— es también una tesis sobre el silencio: sobre lo que el ordenamiento no había dicho aún, y sobre cómo los grandes juristas encontraron las palabras para decirlo.

El problema que Carrascosa González reconstruye es, en su esencia, el problema del silencio de las partes. Cuando dos comerciantes de distintos ordenamientos celebran un contrato y no dicen nada sobre el Derecho que debe regirlo, ¿qué sistema jurídico se aplica? Las soluciones históricas han sido, por su variedad, un manual de las distintas maneras en que el silencio puede colmarse: el lugar de celebración del contrato en el papiro egipcio más antiguo; la *lex loci contractus* de los glosadores medievales; la revolución de Carlos Dumoulin y la autonomía de la voluntad; la sistematización de Savigny y la sede jurídica de la relación; la teoría de la prestación característica; y finalmente el Reglamento Roma I.

Merece una mención específica la contribución de Jacobo de las Leyes —el gran jurista murciano del siglo XIII que Carrascosa González rescata con particular entusiasmo—, quien formuló con notable anticipación el principio de que las partes pueden elegir el Derecho aplicable a su contrato.²²⁹ Esa intuición tardó siglos en convertirse en norma positiva. Desde la perspectiva de este discurso, fue la primera gran respuesta jurídica al silencio de las partes sobre la ley de su contrato: la autonomía de la voluntad no es otra cosa que la decisión del ordenamiento de dejar hablar a las partes cuando quieran hablar, y de buscar soluciones subsidiarias cuando callen.

4. El Reglamento Roma I: la elección tácita de ley aplicable

El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales establece en su artículo 3.1 que la elección de ley por las partes puede ser explícita —mediante una cláusula expresa— o «resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso»: la llamada elección tácita de ley.²³⁰ Esta elección tácita es un supuesto de silencio-declaración en el plano del DIPr: los elementos objetivos del contrato —la elección de un tribunal de un país concreto, la referencia a normas de un ordenamiento determinado, el uso de terminología jurídica propia de un sistema específico— pueden revelar inequívocamente que las partes quisieron someterse a ese ordenamiento aunque no lo hayan dicho expresamente.

La elección tácita requiere que el conjunto de los elementos del contrato y del comportamiento de las partes revele inequívocamente su intención de

someterse a un ordenamiento determinado. Las vinculaciones objetivas del contrato —la nacionalidad de las partes, el lugar de celebración, el lugar de ejecución— no son por sí solas prueba de elección tácita: son criterios para determinar la ley aplicable a falta de elección (artículo 4 Roma I), no la prueba de que ha habido elección.²³¹

5. El Reglamento Bruselas I-bis y la sumisión tácita a la jurisdicción

El artículo 26 del Reglamento (UE) 1215/2012 (Bruselas I-bis) establece uno de los supuestos más importantes de silencio-constitutivo en el ámbito del Derecho Procesal Internacional Europeo: la mera comparecencia del demandado ante un tribunal de un Estado miembro sin impugnar su competencia equivale a la sumisión tácita a esa jurisdicción, aunque no exista ningún acuerdo expreso de prórroga de competencia.²³² La sumisión tácita del art. 26 Bruselas I-bis es el ejemplo más claro del ordenamiento europeo de silencio-constitutivo en el plano procesal: el efecto —la prórroga de competencia— no depende de ninguna interpretación sobre el significado de la comparecencia del demandado, sino que opera ex lege por el mero hecho de comparecer sin impugnar. El TJUE ha precisado desde la sentencia *Elefanten Schuh* (1981) que la sumisión tácita tiene los mismos efectos que la sumisión expresa del art. 25 Bruselas I-bis.²³³

6. La CISG y el silencio en la contratación internacional

La CISG establece en su artículo 18.1 la regla de que el silencio no vale como aceptación por sí solo, pero que la conducta del destinatario que revele asentimiento sí vale como aceptación.²³⁴ Su artículo 8.3 añade que el comportamiento de las partes se interpreta teniendo en cuenta sus prácticas establecidas y los usos del comercio, dando así cabida al silencio elocuente entre comerciantes habituales sin violentar la regla general.

La articulación de la CISG con el Reglamento Roma I es relevante para el Derecho español: cuando las partes no han excluido la aplicación de la CISG, las normas de esta convención desplazan las normas de Derecho interno designadas por Roma I en todo lo que regulan, incluyendo las reglas sobre el valor del silencio en la formación del contrato. Solo en las cuestiones no reguladas por la CISG sigue siendo de aplicación la ley designada por Roma I.²³⁵

7. La *lex mercatoria* y el doble silencio

La *lex mercatoria* —ese conjunto de usos, principios y prácticas transnacionales que los comerciantes de distintos países han elaborado al margen de los ordenamientos estatales— no ha logrado resolver su problema de legitimación, y la razón última de ese fracaso es, en el diagnóstico de Claudia Madrid Martínez, el silencio.²³⁶ Silencio que en Europa viene del legislador, y en América, de los Estados.

El Reglamento Roma I es, en el análisis de Madrid Martínez, una decisión política consciente con consecuencias normativas precisas. La gran mayoría de la doctrina estima que el Reglamento excluye implícitamente la posibilidad de someter un contrato a un ordenamiento no estatal como ley elegida por las partes. El artículo 3.1 del Reglamento permite elegir «la ley» aplicable, y el uso del sustantivo singular con artículo definido es interpretado por la doctrina mayoritaria como referencia exclusiva a los Derechos estatales.²³⁷ El silencio del Reglamento no es neutral: desplaza la *lex mercatoria* desde el estatuto de Derecho elegible al de cláusula contractual, rebajando su fuerza normativa y sometiéndola al test de validez del Derecho estatal que rija el contrato.

El contraste con el sistema interamericano es revelador. La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales —Convención de México, de 1994— es favorable a la aplicación de los componentes de la *lex mercatoria*: establece expresamente que el juez debe tomar en cuenta los principios generales del comercio internacional aceptados por organismos internacionales. Esta apertura normativa ha quedado neutralizada por el silencio de los Estados: la Convención de México solo ha sido ratificada por México y Venezuela. La conclusión de Madrid Martínez es tan precisa como desoladora: «el resultado práctico ha sido el mismo: silencio».²³⁸

8. Los Principios de La Haya de 2015: cuando el *soft law* habla donde la ley calla

Los Principios sobre la Elección del Derecho Aplicable en materia de Contratos Comerciales Internacionales, aprobados por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado el 19 de marzo de 2015, son la respuesta más reciente y más sistemática al doble silencio que Madrid Martínez

ha descrito.²³⁹ Su innovación más relevante es que se pronuncian expresamente sobre el problema que el Reglamento Roma I eludió: permiten que las partes elijan como Derecho aplicable no solo un Derecho estatal sino también normas de Derecho generalmente aceptadas a nivel internacional, lo que incluye los Principios UNIDROIT y otros instrumentos de la *lex mercatoria* en su variante más codificada.

Esta apertura a los derechos no estatales es, en términos de la doctrina del silencio, una decisión de hablar donde el Reglamento Roma I eligió callar. Los Principios de La Haya son un instrumento de explicitación: llevan a palabras lo que la práctica arbitral ya hacía en silencio, y proporcionan a los operadores jurídicos una base normativa internacional para defender la validez de las cláusulas de elección de *lex mercatoria*.²⁴⁰

9. El silencio en el Derecho Europeo de Contratos: los Principios PECL

En el marco del Derecho Internacional Privado y de la armonización contractual europea, los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL) establecen una norma fundamental respecto al silencio en la formación de contratos. El Artículo 2:204 PECL establece explícitamente que “el silencio o la inactividad por sí mismos no constituyen aceptación”. Esta disposición cristaliza un principio esencial en el ordenamiento europeo: el silencio contractual no opera como manifestación de voluntad vinculante.

Esta regla refleja una garantía estructural de libertad contractual. Frente a propuestas contractuales, la parte silente conserva una protección absoluta: su no-respuesta no puede interpretarse como consentimiento tácito. La aplicación de estos principios en transacciones transfronterizas europeas demuestra cómo el Derecho europeo protege al silente frente a la imputación forzada de consentimiento, especialmente relevante en contextos de comercio electrónico y celebración de contratos a distancia.

Esta perspectiva PECL supone un contrapunto normativo fundamental a sistemas jurídicos que presumen consentimiento del silencio en ciertos contextos específicos. Evidencia la tendencia europea —cada vez más hegemónica en el comercio transfronterizo— hacia una teoría del silencio como no-acción jurídica relevante, y del silente como sujeto cuya pasividad no puede activarse contractualmente sin su manifestación explícita de voluntad.

10. El silencio doloso en el Derecho Europeo: el Artículo 4:107 PECL

Complementando la regla de no-aceptación por silencio del Artículo 2:204, el Derecho Europeo de Contratos tipifica una figura de especial relevancia: el silencio doloso. El Artículo 4:107 PECL establece que “una parte puede anular el contrato cuando su consentimiento se ha obtenido por medio de una actuación dolosa de la otra parte, de palabra o de acto, o porque la otra parte ocultó maliciosamente alguna información que debería haber comunicado si hubiera actuado de buena fe”.

Esta disposición introduce una distinción crucial: mientras el silencio ordinario no vincula (Art. 2:204), el silencio malicioso —entendido como ocultación intencional de información relevante— genera responsabilidad por dolo. El dolo en el silencio se configura cuando “la actuación de la parte o su silencio son dolosos si su objeto era engañar” (Art. 4:107.2).

La norma establece cuatro criterios para determinar si la obligación de comunicar información es exigible conforme a buena fe: (a) si la parte tenía conocimientos técnicos en la materia; (b) el coste de obtener la información; (c) si la otra parte podía razonablemente obtenerla por sí misma; y (d) la importancia aparente de la información para la otra parte.

Esta estructura normativa revela una construcción sofisticada del silencio en el Derecho europeo: el silencio ordinario es permitido (libertad negativa), pero el silencio intencional destinado a engañar genera responsabilidad. El silente, en suma, goza de protección mientras su silencio sea pasividad; pierde esa protección cuando su silencio es estrategia activa de ocultación. La buena fe emerge así como línea divisoria: traza la frontera entre el derecho a guardar silencio y el deber de revelar.

11. La silenciosa constitucionalización de la Unión Europea

El artículo de Diego López Garrido sobre la «silenciosa constitucionalización de la Unión Europea» proporciona el contexto institucional imprescindible para comprender por qué el legislador europeo calló sobre la *lex mercatoria* en el Reglamento Roma I, y por qué los *Acquis Principles* se presentan como «caja de herramientas» en lugar de como Código Civil Europeo.²⁴¹

La tesis de López Garrido es, en su formulación más precisa, que la integración europea ha sido un proceso de constitucionalización progresiva que nunca ha querido llamarse por su nombre. Desde la CECA de 1951 hasta

el Fondo de Recuperación Next Generation EU de 2020, cada paso del proceso de integración ha tenido naturaleza constitucional —porque afecta a la distribución de poder, a los derechos fundamentales, a la organización institucional— pero ninguno de esos pasos ha sido presentado como lo que es. La Unión Europea avanza «con estilo constitucional sin decirlo».²⁴²

El Reglamento Roma I es un ejemplo preciso de este fenómeno: adoptado como instrumento de DIPr, produce efectos que van más allá de la mera coordinación de ordenamientos, sin que su texto diga explícitamente nada de todo esto. Es un instrumento que habla por sus silencios tanto como por sus disposiciones.

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

1. El Derecho Internacional Público: la aquiescencia del Estado

El Derecho Internacional Público presenta una peculiaridad que lo distingue de todos los demás sectores analizados: el sujeto que calla es el Estado. No un ciudadano, no un empresario —sino el Estado en cuanto sujeto soberano del ordenamiento internacional—. El silencio del Estado puede generar obligaciones internacionales que vinculen a toda la población y a todos los poderes públicos del país, incluyendo los que no participaron en esa inacción.²⁴³

El silencio del Estado en el Derecho Internacional Público se canaliza jurídicamente a través de la figura de la aquiescencia: la inacción del Estado ante una reclamación, una pretensión territorial o una práctica jurídica de otro Estado, durante un período de tiempo razonable y en circunstancias en que habría sido normal y exigible que protestara, puede producir efectos jurídicos vinculantes en el plano internacional. La aquiescencia es, en el Derecho Internacional, el equivalente funcional del silencio elocuente en el Derecho civil interno: una inacción que, por sus circunstancias, solo puede interpretarse como asentimiento.²⁴⁴

La Corte Internacional de Justicia ha elaborado, a través de su jurisprudencia, los elementos constitutivos de la aquiescencia. Del análisis de las *Pesquerías Anglo-Noruegas* (1951), el *Templo de Preah Vihear* (1962) y la *Isla de Palmas*, resultan cuatro elementos acumulativos: que el Estado haya tenido conocimiento efectivo de la situación respecto de la cual no protestó; que la situación hubiera sido suficientemente clara y notoria para generar la obligación de protestar; que el Estado dispusiera de oportunidad real y razonable de protestar; y que haya

guardado silencio durante un período de tiempo suficiente para que, a la luz de las circunstancias, ese silencio solo pueda interpretarse como asentimiento.²⁴⁵

2. La aquiescencia en el Derecho de los Tratados

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) recoge la figura de la aquiescencia en dos de sus preceptos más relevantes. El artículo 45 CVDT establece que un Estado pierde el derecho a invocar una causa de nulidad o terminación de un tratado si, «después de haber tenido conocimiento de los hechos», se ha comportado de un modo que implique la aceptación tácita de la validez del tratado o de su continuación en vigor.²⁴⁶ Este precepto es una codificación del principio de aquiescencia aplicado al Derecho de los Tratados: el Estado que sabe que un tratado adolece de un vicio y guarda silencio durante un tiempo razonable pierde el derecho a invocar ese vicio.

La aquiescencia y el *estoppel* son figuras relacionadas pero distintas. El *estoppel* opera cuando un Estado ha adoptado una posición que ha inducido a otro Estado a actuar de buena fe en función de esa posición, y no puede luego adoptar una posición contradictoria en perjuicio del Estado que confió en ella. La diferencia con la aquiescencia es de estructura: la aquiescencia opera por el mero transcurso del tiempo unido a la inacción; el *estoppel* requiere adicionalmente que otro Estado haya actuado en función de esa inacción y haya sufrido perjuicio.²⁴⁷

3. La Opinión Consultiva de la CIJ de 2024: aquiescencia multilateral

La Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 19 de julio de 2024 sobre las consecuencias jurídicas derivadas de las políticas y prácticas de Israel en el Territorio Palestino Ocupado extendió la doctrina de la aquiescencia a un contexto multilateral inusualmente complejo.²⁴⁸ La Corte afirmó que la práctica reiterada de los Estados en el seno de las Naciones Unidas —incluyendo, significativamente, la aquiescencia de la mayoría de los Estados en resoluciones de la Asamblea General que califican determinadas situaciones como contrarias al Derecho Internacional— puede generar obligaciones consuetudinarias de carácter *erga omnes* que vinculan a todos los miembros de la comunidad internacional.

La relevancia de esta Opinión Consultiva para la teoría general del silencio jurídico es que extendió el régimen de la aquiescencia más allá de las relaciones bilaterales entre Estados —donde la doctrina estaba consolidada desde las

Pesquerías Anglo-Noruegas— a las relaciones multilaterales en que la aquiescencia colectiva puede generar Derecho consuetudinario vinculante.²⁴⁹

4. La aquiescencia internacional y el principio de legalidad interna

La tensión sistémica más relevante que plantea la aquiescencia del Estado en el Derecho Internacional es con el principio de legalidad interna. El Gobierno español puede aquiescer en el plano internacional en una práctica o en una interpretación de un tratado sin que esa aquiescencia haya sido autorizada por las Cortes Generales.²⁵⁰

Si la aquiescencia produce efectos vinculantes en el ordenamiento internacional, y si el art. 96.1 CE establece que los tratados internacionalmente válidos y publicados en el BOE forman parte del ordenamiento interno, puede producirse la paradoja de que el Ejecutivo haya vinculado al Estado —y a través de él, a los ciudadanos y a los tribunales— mediante su silencio en foros internacionales sin ningún tipo de control parlamentario. Esta tensión refleja un problema más general del Derecho Internacional en relación con el principio democrático: las normas internacionales consuetudinarias —que se forman precisamente a través de la práctica y la aquiescencia de los Estados— no pasan por ningún proceso legislativo democrático interno.²⁵¹

5. La nomogénesis internacional y el silencio: Martínez Puñal

Antonio Martínez Puñal ha analizado el papel del silencio en los procesos de nomogénesis —generación de normas— en el ordenamiento internacional, con especial atención a los actos unilaterales no autónomos: aquellos actos de voluntad estatal que producen efectos normativos no por sí solos sino en el marco de los procesos de creación de tratados o de costumbre internacional.²⁵² El silencio de un Estado ante una norma emergente puede, en determinadas circunstancias, constituir una forma de aquiescencia que contribuye a la formación de esa norma; en otras circunstancias, puede ser una protesta implícita que impide que la norma le sea oponible.

La distinción entre estos dos usos del silencio estatal depende del contexto —de si la norma emergente afecta los intereses del Estado silente—, y su determinación es uno de los problemas más delicados de la teoría de las fuentes del Derecho Internacional. El silencio de los Estados americanos ante la Convención de México, o el silencio de los Estados miembros de la UE ante

los debates sobre el reconocimiento de la *lex mercatoria* en Roma I, son posicionamientos de los Estados ante la evolución del Derecho Internacional del comercio, y su interpretación como aquiescencia o como resistencia determina el rumbo de ese Derecho. El silencio en el Derecho Internacional no es el final del análisis: es, frecuentemente, el principio.²⁵³

6. Síntesis: el silencio transfronterizo en la tricotomía

El análisis del silencio en el Derecho Internacional confirma la tricotomía con una riqueza de matices que el Derecho interno no podía proporcionar por sí solo.

El silencio-declaración alcanza en el Derecho Internacional su máxima expresión sistémica en la figura de la aquiescencia estatal. Un Estado que durante décadas ha actuado como si aceptara una pretensión territorial de otro Estado, sin protestar, queda vinculado por ese silencio de manera potencialmente irreversible. Las consecuencias para toda la población del Estado silente —que nunca fue consultada— son la expresión más contundente de lo que puede producir un silencio jurídicamente elocuente.

El silencio-constitutivo opera con igual claridad en el artículo 26 Bruselas I-bis y en el artículo 45 CVDT: en ambos casos, el mero transcurso del tiempo sin que se produzca una conducta activa de impugnación o de protesta produce efectos jurídicos vinculantes con independencia de cualquier voluntad.

Y el silencio-garantía tiene también su dimensión internacional: el artículo 67.1.g del Estatuto de Roma, analizado en la Parte Tercera, es la expresión más radical de ese silencio protector en el plano del Derecho Penal Internacional. El Estado que lo ha ratificado no puede usar el silencio del acusado como elemento probatorio en procedimientos ante la Corte Penal Internacional, con independencia de lo que su Derecho interno establezca.

La paradoja central de esta Parte Sexta es que el Derecho Internacional —el más descentralizado y menos codificado de todos los sectores analizados— es también el que con mayor naturalidad atribuye consecuencias al silencio. Los Estados que no hablan, en el plano internacional, están diciendo cosas con su silencio que ningún ciudadano les ha autorizado a decir. Esa paradoja, que Rivera Ramos formuló en términos de teoría general, es la expresión más alta del problema que este discurso ha venido describiendo: el silencio no es neutro. Nunca lo ha sido. Nunca lo será.²⁵⁴

NOTAS

- [224] MADRID MARTÍNEZ, C., «Notas sobre la lex mercatoria: entre el silencio del legislador europeo y el silencio de los Estados americanos», en *Libro Homenaje a Roberto Díaz Labrano*, CEDEP, Asunción, 2013, págs. 333-354.
- [225] RIVERA RAMOS, E., «El Derecho y el Silencio», *ISONOMÍA. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 47 (octubre 2017), págs. 181-206.
- [226] RIVERA RAMOS, E., *op. cit. supra* nota 225, págs. 189-195.
- [227] *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952); *Dames & Moore v. Regan*, 453 U.S. 654 (1981). Sobre el análisis de Rivera Ramos, *vid. op. cit. supra* nota 225, págs. 190-192.
- [228] CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La ley aplicable a los contratos internacionales en la historia de los conflictos de leyes», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 15, núm. 1 (marzo 2023), págs. 161-221 (DOI: 10.20318/cdt.2023.7538).
- [229] CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit. supra* nota 228, págs. 175-178. Sobre Jacobo de las Leyes y su contribución al DIPr español medieval, *vid. también* PÉREZ MARTÍN, A.J., *Jacobo de las Leyes: fuentes y obra jurídica*, Universidad de Murcia, 1991.
- [230] Art. 3.1 Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DO L 177, de 4 de julio de 2008.
- [231] CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 19.^a ed., Comares, Granada, 2022, págs. 812-820.
- [232] Art. 26 Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I-bis), DO L 351, de 20 de diciembre de 2012.
- [233] TJUE, *Elefanten Schuh GmbH v. Pierre Jacqmain*, C-150/80, de 24 de junio de 1981. Sobre los efectos de la sumisión tácita, VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2.^a ed., Civitas, Cizur Menor, 2007, págs. 190-215.

- [234] CISG, art. 18.1, *cit. supra* nota 57. SCHWENZER, I. (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods* (CISG), 4.^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2016, págs. 315-330.
- [235] UNCITRAL, *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 2016 ed., New York, 2016, art. 18, núms. 1-8.
- [236] MADRID MARTÍNEZ, C., *op. cit. supra* nota 224, págs. 337-341.
- [237] Sobre el debate doctrinal acerca del silencio del Reglamento Roma I respecto de los derechos no estatales, VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *op. cit. supra* nota 233, págs. 412-418.
- [238] MADRID MARTÍNEZ, C., *op. cit. supra* nota 224, pág. 354. Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, adoptada en México D.F. el 17 de marzo de 1994 (CI-DIP-V). Ratificada solo por México y Venezuela.
- [239] Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Principios sobre la Elección del Derecho Aplicable en materia de Contratos Comerciales Internacionales, aprobados el 19 de marzo de 2015. Texto disponible en hcch.net.
- [240] ARROYO AMAYUELAS, E., «Los Principios del Derecho contractual comunitario», Editorial de presentación de los *Acquis Principles*, Universitat de Barcelona, 2009.
- [241] LÓPEZ GARRIDO, D., «La silenciosa constitucionalización de la Unión Europea», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 109 (2.^o semestre 2020), págs. 187-208 (DOI: 10.33426/rcg/2020/109/1529).
- [242] LÓPEZ GARRIDO, D., *op. cit. supra* nota 241, pág. 193.
- [243] SHAW, M.N., *International Law*, 9.^a ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2021, págs. 456-468. Sobre la singularidad del Estado como sujeto que calla en el ordenamiento internacional, DIEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18.^a ed., Tecnos, Madrid, 2013, págs. 124-138.
- [244] BROWNLIE, I., *Principles of Public International Law*, 8.^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2012, págs. 146-152. BOWETT, D.W., «Es-toppel before International Tribunals and its Relation to Acquiescence», *The British Year Book of International Law*, vol. 33 (1957), págs. 176-202.
- [245] CIJ, *Pesquerías Anglo-Noruegas* (Reino Unido c. Noruega), Sentencia de 18 de diciembre de 1951, CIJ Rec. 1951, pág. 116. CIJ, *Caso del Templo de Preah Vihear* (Camboya c. Tailandia), Fondo, Sentencia

- de 15 de junio de 1962, CIJ Rec. 1962, pág. 6. CIJ, Caso de la Isla de Palmas (Países Bajos c. Estados Unidos), laudo arbitral de 4 de abril de 1928, RIAA II, pág. 829.
- [246] Art. 45 CVDT (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptada el 23 de mayo de 1969; BOE núm. 142, de 13 de junio de 1980).
- [247] KOLB, R., *La bonne foi en droit international public*, PUF, París, 2000, págs. 245-312. Sobre la distinción aquiescencia-estoppel, THIRLWAY, H., «The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989», *British Year Book of International Law*, vol. 60 (1989), págs. 1-101.
- [248] CIJ, Consecuencias jurídicas derivadas de las políticas y prácticas de Israel en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, Opinión Consultiva de 19 de julio de 2024, CIJ Rec. 2024. Me adhiero y hago mía la “Opinión separada del Magistrado Nolte” sobre este asunto. Sobre el alcance de la OC para la doctrina de la aquiescencia multilateral, PELLET, A., «L’avis consultatif de la CIJ du 19 juillet 2024», *Annuaire français de droit international*, vol. LXIX (2024), págs. 1-42.
- [249] CIJ, OC 2024, *cit. supra* nota 248, §§ 178-185. *Sobre la formación del Derecho consuetudinario a través de la aquiescencia en el seno de organizaciones internacionales*, WEIL, P., «Towards Relative Normativity in International Law?», *American Journal of International Law*, vol. 77 (1983), págs. 413-442.
- [250] Art. 96.1 CE: «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno». REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 367-389.
- [251] Sobre la tensión entre la aquiescencia estatal y el principio democrático, DUPUY, P.M. y VIÑUALES, J.E., *International Environmental Law*, 2.^a ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2018, págs. 32-48.
- [252] MARTÍNEZ PUÑAL, A., «Nomogénesis internacional, actos unilaterales no autónomos y silencio», en *Liber Amicorum Profesor José Manuel Peláez Marón*, págs. 525 y ss.
- [253] MARTÍNEZ PUÑAL, A., *op. cit. supra* nota 252, págs. 530-538.
- [254] RIVERA RAMOS, E., *op. cit. supra* nota 225, págs. 202-206. La formulación final es una síntesis de las tesis del autor sobre el silencio como elemento constitutivo del Derecho.

PARTE SÉPTIMA

EL SILENCIO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

1. El silencio constitucional como categoría jurídica autónoma

El silencio no es solo un fenómeno que el Derecho regula: es también un fenómeno que el Derecho mismo produce. La Constitución calla. Lo hace de manera deliberada —cuando el constituyente opta conscientemente por no regular una materia—, de manera inadvertida —cuando una laguna surge de la evolución histórica que el texto no pudo prever—, o de manera estructural —cuando el silencio es el precio de un consenso que solo fue posible porque nadie dijo explícitamente todo lo que pensaba—. ²⁵⁵ Estos silencios constitucionales no son jurídicamente neutros: tienen efectos normativos, generan interpretaciones divergentes y plantean problemas que el Derecho Constitucional no puede resolver sin antes decidir qué significa que la norma suprema no diga nada.

La Parte Séptima de este discurso analiza el silencio en el Derecho Constitucional español desde cinco perspectivas: el silencio de la Constitución como problema hermenéutico general; el silencio de la Constitución sobre la amnistía —con la posición crítica que el autor de estas páginas mantiene frente a la interpretación dominante—; el silencio administrativo contemplado desde los valores constitucionales; la pregunta sobre si existe un derecho fundamental al silencio ambiental; y el silencio del propio Tribunal Constitucional como problema de legitimidad institucional.

La tensión que recorre todas estas perspectivas es la misma: el principio de que todo lo no prohibido está permitido —que caracteriza el Estado liberal de Derecho en las relaciones entre particulares— choca con el principio de

que los poderes públicos solo pueden hacer lo que la Constitución les autoriza —que caracteriza el Estado constitucional en las relaciones entre el poder y el ciudadano—. Esa tensión, que el Estado liberal resuelve de una manera y el Estado democrático de otra, es la que determina si el silencio constitucional sobre la amnistía es permisión, prohibición o laguna; si el silencio administrativo frente a los derechos constitucionales es una técnica de garantía o un instrumento de bloqueo; y si el derecho a no ser perturbado acústicamente en el propio domicilio tiene o no la estructura de un derecho fundamental en el ordenamiento español.

2. El silencio de la Constitución como problema normativo: el Informe del Consejo de Estado de 2006

El Consejo de Estado en pleno aprobó el 16 de febrero de 2006 su Informe sobre modificaciones de la Constitución española, a solicitud del Gobierno mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005.²⁵⁶ El documento —elaborado bajo la presidencia de Francisco Rubio Llorente y con la participación de juristas de la talla de Pedro Cruz Villalón, Rafael Gómez-Ferrer Morant y Luis Díez-Picazo— es, por su autoridad institucional y por la calidad técnica de su análisis, una de las piezas más importantes del constitucionalismo español contemporáneo.

El Informe aborda cuatro modificaciones constitucionales propuestas: la supresión de la preferencia del varón en la sucesión al trono, la recepción del proceso de construcción europea en el texto constitucional, la inclusión de la denominación de las Comunidades Autónomas y la reforma del Senado. En los cuatro casos, la necesidad de reforma se justifica, en distinta medida, por el silencio de la Constitución vigente: su incapacidad para regular adecuadamente una realidad que ha evolucionado más allá de lo que el constituyente de 1978 podía prever, o su omisión deliberada de materias cuya regulación expresa habría comprometido el consenso constituyente.

En materia de integración europea, el Informe es especialmente revelador. El silencio de la Constitución sobre la participación parlamentaria en la toma de decisiones europeas ha funcionado como una consagración implícita de la preponderancia del Ejecutivo en los asuntos comunitarios, porque en ausencia de regulación constitucional expresa el Gobierno ha ocupado el espacio de decisión sin contrapeso parlamentario suficiente.²⁵⁷ Este es un ejemplo paradigmático de silencio constitucional con efectos normativos involuntarios: el

constituyente no quiso decir nada sobre el papel del Parlamento en los asuntos europeos —entre otras razones porque en 1978 España aún no era miembro de la Comunidad Económica Europea—, pero ese silencio ha producido un resultado indeseable.

La lección metodológica del Informe es doble. Por un lado, confirma que el silencio constitucional no es un déficit accidental sino, en muchos casos, una consecuencia estructural del proceso constituyente: los consensos que hacen posible la Constitución se logran, a menudo, precisamente porque ciertos temas no se regulan expresamente. Por otro lado, demuestra que ese silencio no puede mantenerse indefinidamente sin coste normativo: cuando la realidad desborda el marco que el texto proporciona, el silencio se convierte en un obstáculo para el buen gobierno que la reforma constitucional está llamada a remover.²⁵⁸

3. El silencio de la Constitución sobre la amnistía: análisis crítico

3.1. *La tesis que el Tribunal Constitucional ha avalado: el silencio no es prohibición*

Conviene exponer con rigor la posición que el Tribunal Constitucional ha hecho suya antes de fundamentar la crítica que este discurso formula. El artículo de Gregorio Cámara Villar, publicado en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* en 2023 en pleno debate sobre la Proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización política y social en Cataluña, sostenía una tesis que el TC ha terminado por avalar: el silencio de la Constitución española de 1978 sobre la amnistía no equivale a prohibición. No toda omisión constitucional es una exclusión. La prohibición constitucional ha de ser, en sus palabras, «clara e incontrovertible», y cuando no lo es, el silencio debe interpretarse como apertura y no como cierre.²⁵⁹

El argumento central de esta posición arranca de la constatación de que la Constitución contiene referencias al «derecho de gracia» en sus artículos 62.i), 87.3 y 102.3, y que el único supuesto expresamente prohibido en ese ámbito es el de los indultos generales. La amnistía no figura como institución expresamente regulada, pero tampoco como institución expresamente prohibida. La distinción entre el indulto y la amnistía —establecida por el propio TC en la STC 147/1986— sería cualitativa, no cuantitativa: el indulto es una medida individual basada en razones de equidad; la amnistía es una declaración general respecto de conductas delictivas realizadas en concretas circunstancias his-

tóricas, fundamentada en razones de orden político y social. La prohibición de los indultos generales no arrastraría, en este razonamiento, la de la amnistía.

El argumento se refuerza con el Derecho comparado —el quinto método de Häberle—: la abrumadora mayoría de las constituciones democráticas del entorno europeo reconocen expresamente la amnistía o no la prohíben, y la Comisión de Venecia ha reconocido la compatibilidad de la amnistía con el Estado de Derecho cuando se respetan los principios de legalidad, no discriminación e igualdad ante la ley.²⁶⁰ Los precedentes nacionales —la Ley 46/1977 de Amnistía, piedra angular de la Transición; la STC 147/1986; el art. 666.4.^a LECrim— reforzarían este argumento histórico.

3.2. La posición crítica: el silencio de la Constitución sobre la amnistía es exclusión, no laguna

Con el máximo respeto hacia la doctrina constitucionalista que ha sostenido la tesis contraria, y con plena conciencia de que el Tribunal Constitucional la ha avalado mediante su jurisprudencia, quien suscribe estas páginas mantiene la posición opuesta, alineado con el sector doctrinal que desde el primer momento sostuvo la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica de Amnistía de 2024: el silencio de la Constitución sobre la amnistía no es una laguna que el intérprete puede colmar, sino una exclusión que la lógica del sistema impone.

Los argumentos que fundamentan esta posición son los siguientes.

El primero es de naturaleza sistemática. La Constitución de 1978 establece un sistema de responsabilidad penal que incluye garantías irrenunciables: el principio de legalidad penal del art. 25.1 CE, el principio de igualdad ante la ley del art. 14 CE y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos del art. 9.3 CE. Una ley de amnistía aprobada con la finalidad declarada de favorecer a personas procesadas o condenadas por su participación en el intento de ruptura unilateral del orden constitucional —y aprobada precisamente en el contexto de una negociación política para obtener votos en la investidura— vulnera los tres principios simultáneamente. No porque la amnistía sea intrínsecamente inconstitucional, sino porque esta amnistía, con estos sujetos, en este contexto y con esta finalidad, es exactamente el instrumento que la interdicción de la arbitrariedad y el principio de igualdad pretenden impedir.²⁶¹

El segundo argumento es histórico. La Ley de Amnistía de 1977 —que Cámara Villar y el TC invocan como precedente— se aprobó para poner fin a las consecuencias penales de actos de oposición política al régimen

franquista: un caso paradigmático de conductas tipificadas solo por un ordenamiento ilegítimo, cuya persecución resultaba incompatible con el Estado democrático que emergía. La situación de 2024 es radicalmente distinta: las conductas objeto de la amnistía fueron tipificadas por un Estado democrático de Derecho, en aplicación de normas penales europeas e internacionales, por jueces independientes sometidos únicamente al imperio de la ley. Usar el precedente de 1977 como argumento para avalar la amnistía de 2024 es comparar situaciones que la historia y el Derecho distinguen de manera fundamental.²⁶²

El tercer argumento es el de la paradoja constitucional. El artículo 102.3 CE prohíbe la gracia individual —el indulto— al Presidente del Gobierno y a los miembros del Consejo de Ministros que hayan incurrido en responsabilidad criminal. Si la Constitución prohíbe amnistiar individualmente a los miembros del Ejecutivo, y al mismo tiempo permite —según la tesis avalada por el TC— amnistiarlos colectivamente a través de una ley general, la prohibición del art. 102.3 CE queda vacía de contenido: puede eludirse mediante la aprobación de una ley de amnistía suficientemente amplia.²⁶³

El cuarto argumento, y quizás el más grave, es el de la deslealtad constitucional. La Constitución de 1978 no previó la amnistía porque no la necesitaba para su función principal: garantizar la convivencia democrática. Las únicas amnistías que un ordenamiento democrático puede legitimar son las que ponen fin a situaciones de injusticia creadas por el ordenamiento anterior o por estados de excepción que el propio Estado democrático ha declarado superados. Una amnistía aprobada por el Estado democrático para perdonar a quienes intentaron destruirlo —y cuya aprobación es el precio de la investidura del Presidente del Gobierno— no es una medida de reconciliación sino una “transacción”.

3.3. La decisión del Tribunal Constitucional y el debate doctrinal que no cierra

El Tribunal Constitucional ha avalado la Ley Orgánica de Amnistía. Su decisión vincula a todos los poderes del Estado y tiene efectos jurídicos plenos en el ordenamiento interno. Que este discurso mantenga la posición contraria no supone ignorar esa realidad jurídica: supone ejercer la función crítica que la doctrina tiene respecto de las decisiones jurisdiccionales, por más elevado que sea el rango del órgano que las dicta.

La historia del constitucionalismo democrático está llena de decisiones del Tribunal Constitucional que la doctrina criticó en el momento de su adopción

y que posteriormente fueron revisadas, matizadas o superadas. El Tribunal Constitucional no es infalible —es el guardián de la Constitución, no su propietario—. Y la crítica doctrinal a sus decisiones, cuando es rigurosa, fundada y respetuosa con la diferencia entre el plano normativo y el plano político, es uno de los elementos indispensables del sistema constitucional democrático.²⁶⁵

La posición que se mantiene en estas páginas es la que el Derecho comparado, la lógica del sistema y la historia del constitucionalismo democrático sustentan: el silencio de la Constitución sobre la amnistía no es una laguna sino una exclusión que la lógica interna del ordenamiento impone. El TC ha dicho lo contrario. El debate no está cerrado.

4. El silencio administrativo desde la perspectiva constitucional: Gómez-Ferrer Morant

El artículo de Rafael Gómez-Ferrer Morant es, en el panorama doctrinal español, el texto que con mayor rigor sistemático ha establecido el vínculo entre el silencio administrativo y los valores y principios que la Constitución consagra.²⁶⁶ Su premisa metodológica es que las instituciones jurídicas cobran su verdadero significado cuando se contemplan desde la perspectiva de la función que cumplen en el sistema jurídico, y que el silencio administrativo no es una institución de carácter meramente técnico: es una institución cuyo significado depende de los valores constitucionales en cuyo servicio opera o, según el caso, en cuya contradicción incurre.

El análisis se articula en torno a tres ejes constitucionales. El primero es la distribución del poder sobre el territorio: en un Estado centralizado, el silencio positivo era una técnica de tutela que el Estado empleaba sobre las Corporaciones Locales —su inacción significaba conformidad con el acto municipal—; en el Estado autonómico que la Constitución instaura, esa técnica es incompatible con la autonomía política de las Comunidades Autónomas.²⁶⁷ El segundo eje es el catálogo de derechos constitucionales: el silencio positivo es la garantía natural de los derechos de libertad del individuo, que no deben quedar paralizados por la inacción de una Administración que controla preventivamente su ejercicio; pero no es una solución adecuada cuando el silencio puede implicar la adquisición de derechos que contradicen el ordenamiento urbanístico o ambiental. El tercer eje es la tutela judicial efectiva: el silencio negativo como ficción procesal que abre la vía jurisdiccional es una garantía del artículo 24 CE.

La aportación taxonómica de Gómez-Ferrer Morant proporciona un criterio constitucional para determinar cuándo el silencio debe ser positivo y cuándo negativo. En relación con los derechos de libertad del individuo aislado —los derechos fundamentales clásicos de los artículos 15 a 19 de la Constitución—, el silencio positivo es la respuesta jurídicamente adecuada: la inactividad de la Administración en el control preventivo del ejercicio de estos derechos no puede operar en perjuicio del titular. Para los derechos de contenido económico —propiedad, libertad de empresa— donde la función social del derecho justifica el control preventivo, el silencio positivo ilimitado es un fallo del sistema.²⁶⁸

5. ¿Existe un derecho fundamental al silencio? Matia Portilla y los límites del artículo 10.2 CE

Francisco Javier Matia Portilla aborda en su artículo publicado en la *Revista Española de Derecho Constitucional* en 2012 una pregunta que la STC 150/2011 había dejado en suspenso: ¿existe en el ordenamiento constitucional español un derecho fundamental al silencio ambiental?²⁶⁹ La pregunta no se refiere al derecho al silencio del imputado —que tiene anclaje constitucional en el artículo 24 CE— sino al derecho a no ser perturbado acústicamente en el propio domicilio.

La tesis de Matia Portilla es la del Magistrado Aragón Reyes en su voto particular concordante a la STC 150/2011: el artículo 10.2 CE es una cláusula de interpretación de los derechos constitucionales, no una cláusula de ampliación de su catálogo ni de alteración de su estructura. El precepto no permite la creación de nuevos derechos fundamentales que no tienen encaje en el texto constitucional, ni la transformación radical de la naturaleza de los que sí lo tienen.²⁷⁰

La distinción conceptual que subyace al análisis es la que separa la intimidad del ordenamiento constitucional español del derecho a la vida privada del Convenio Europeo. La intimidad —tal como la ha concebido la tradición jurídica continental y la jurisprudencia del TC— es, en su núcleo, un derecho-resistencia: protege al individuo frente a intromisiones en su esfera más personal y reservada. El derecho a la vida privada del artículo 8 CEDH, influido por la tradición anglosajona del *right to privacy*, tiene un contenido más amplio y más positivo: incluye no solo la protección frente a intromisiones sino también la garantía de condiciones de vida que permitan el libre desarrollo de la personalidad.²⁷¹

El ruido que perturba el domicilio no encaja, en este análisis, en el concepto constitucional de intimidad: no es una intromisión en la esfera privada sino una perturbación de las condiciones de disfrute del domicilio. Esta perturbación puede vulnerar el artículo 8 del Convenio Europeo —y así lo ha afirmado el TEDH de manera reiterada, desde *López Ostra c. España* (1994) hasta *Moreno Gómez c. España* (2004)—, y puede ser invocada ante los tribunales ordinarios en virtud del artículo 96.1 CE. Pero de ahí no se sigue que sea un derecho fundamental en el sentido técnico del artículo 53 CE: no es susceptible de amparo constitucional ni puede imponerse al legislador como contenido indisponible.²⁷²

Las consecuencias prácticas de la distinción son más importantes que la etiqueta. El derecho al silencio ambiental existe en el ordenamiento español como derecho subjetivo tutelado por el artículo 8 CEDH, por las normas de responsabilidad patrimonial y por los mecanismos del Derecho Administrativo sancionador. Su tutela ante los tribunales ordinarios es plena. La inacción de la Administración ante la contaminación acústica que supera los umbrales legalmente establecidos genera responsabilidad del Estado en los términos que el TEDH ha definido.²⁷³

6. El silencio del Tribunal Constitucional: incongruencia, dilaciones y control de Estrasburgo

El análisis de Matia Portilla incorpora una reflexión sobre el silencio del propio Tribunal Constitucional que merece atención específica. La STC 150/2011 tardó más de ocho años en dictarse desde la interposición del recurso de amparo —y más de seis años desde el último trámite de alegaciones—, lo que constituye una vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas del artículo 24 CE.²⁷⁴ El Tribunal se enfrentó así a una paradoja institucional singularmente incómoda: había incurrido en una dilación que era, en sí misma, una lesión del derecho fundamental que estaba llamado a proteger.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha condenado a España en diversas ocasiones por dilaciones indebidas del Tribunal Constitucional —los asuntos *Díaz Aparicio c. España* y *Soto Sánchez c. España*—, lo que genera una situación estructural de control externo de la jurisdicción constitucional española que plantea problemas de encaje institucional de difícil resolución.²⁷⁵

El silencio del Tribunal Constitucional se produce también en forma de incongruencia omisiva. Este fenómeno adquiere en la jurisdicción constitucional una dimensión específica porque la resolución del TC es, por definición, la última posible en el ordenamiento interno. Cuando el Tribunal calla sobre un argumento relevante de fondo, no hay recurso interno que lo corrija: solo queda el recurso al TEDH. El principio que subyace es el mismo en todos los casos analizados en este discurso: quien ejerce poder público tiene el deber de responder. El silencio del poder no es neutralidad. Es, siempre, una toma de posición.

7. El silencio constitucional y la responsabilidad del legislador

La suma de todos los silencios constitucionales analizados en esta Parte Séptima conduce a una conclusión que tiene valor general para la teoría del Derecho Constitucional y que enlaza directamente con el argumento central de este discurso: el silencio del legislador constitucional no tiene un régimen jurídico unívoco. No es siempre laguna que requiere reforma, ni siempre omisión permisiva que la interpretación sistemática puede colmar, ni siempre un espacio vacío que el intérprete puede llenar con contenidos provenientes del Convenio Europeo.

El silencio constitucional es, en cada caso, el resultado de una deliberación —o de una ausencia de deliberación— que el intérprete debe reconstruir con los instrumentos que la metodología jurídica proporciona. La reforma constitucional es la respuesta cuando el silencio ha generado un déficit democrático que la interpretación no puede salvar. La interpretación sistemática y comparada puede colmar algunos silencios. Y la crítica doctrinal es la respuesta cuando el intérprete institucional —el Tribunal Constitucional— ha llenado el silencio de manera que vulnera la lógica interna del sistema. La crítica no cancela la decisión del TC. Pero mantiene vivo el debate que esa decisión no puede clausurar. El silencio sobre el debate constitucional, ese sí sería verdaderamente inconstitucional.

NOTAS

- [255] CONSEJO DE ESTADO, Informe sobre modificaciones de la Constitución española (Exp. E 1/2005), aprobado en Pleno el 16 de febrero

- de 2006. Sobre el silencio constitucional en torno a la amnistía, *vid.* la obra colectiva citada *infra* nota 261 (Dykinson, 2024), y sobre los aspectos administrativos del silencio constitucional, GÓMEZ-FERRER MORANT, R. en sus diversos trabajos.
- [256] Consejo de Estado, Informe sobre modificaciones de la Constitución española (Exp. E 1/2005), aprobado en Pleno el 16 de febrero de 2006. Presidente: Francisco Rubio Llorente. Consejeros participantes: Pedro Cruz Villalón, Rafael Gómez-Ferrer Morant, Luis Díez-Picazo, entre otros.
- [257] Consejo de Estado, Informe *cit. supra* nota 256, págs. 93-124 (Reforma relativa a la integración europea).
- [258] Consejo de Estado, Informe *cit. supra* nota 256, págs. 201-248 (Reforma del Senado).
- [259] CÁMARA VILLAR, G., *op. cit. supra* nota 255, pág. 37. STC 147/1986, de 25 de noviembre (ECLI:ES:TC:1986:147): distinción entre indulto y amnistía. Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña (BOE núm. 141, de 11 de junio de 2024).
- [260] HÄBERLE, P., «Derecho Constitucional Comparado», en HÄBERLE, P., *El Estado Constitucional*, trad. esp. de H. Fix-Fierro, UNAM, México, 2003, págs. 162-180. Comisión de Venecia, *Urgent Opinion on the Organic Law for Amnesty for the Institutional, Political and Social Normalisation of Catalonia (Spain)*, CDL-AD(2024)003, adoptada en la 138.^a Sesión Plenaria (Estrasburgo, 15-16 de marzo de 2024).
- [261] Sobre la amnistía ante los principios constitucionales, *vid.* la obra colectiva ARAGÓN REYES, M., GIMBERNAT ORDEIG, E. y RUIZ ROBLEDO, A. (dirs.), *La amnistía en España: Constitución y Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid, 2024, con aportaciones de PRESNO LINERA, M.A., ÁLVAREZ GARCÍA, V., REVENGA SÁNCHEZ, M. y otros autores.
- [262] TOMÁS Y VALIENTE, F., *La amnistía en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1976 [reed. póstumo: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006]. Sobre las diferencias entre la Ley de Amnistía de 1977 y la LO 1/2024, SOLÉ TURA, J. y AJA, E., *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)*, Siglo XXI, Madrid, 1977, págs. 234-240.

- [263] Art. 102.3 CE: «La prerrogativa real de gracia no será aplicable a ninguno de los supuestos del presente artículo». Sobre la paradoja sistemática que genera la admisión de la amnistía por ley ordinaria cuando el indulto individual está prohibido, *vid.* la doctrina constitucionalista sobre el indulto y la prerrogativa real de gracia.
- [264] Sobre el silencio de la Constitución en materia de amnistía, *vid.* la obra colectiva citada *supra* (Dykinson, 2024) y las aportaciones de ARAGÓN REYES, M. y JIMÉNEZ CAMPO, J. al debate doctrinal sobre el alcance constitucional de la amnistía.
- [265] Sobre el papel de la doctrina frente a la jurisprudencia del TC, FERRERES COMELLA, V., *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2011, págs. 145-162.
- [266] GÓMEZ-FERRER MORANT, R., *op. cit. supra* nota 255.
- [267] Arts. 2 y 137 CE (principio de autonomía territorial). PAREJO ALFONSO, L., *Estado Social y Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1983, págs. 267-289.
- [268] GÓMEZ-FERRER MORANT, R., *op. cit. supra* nota 255, págs. 34-48. Sobre el silencio positivo y los derechos fundamentales, STC 243/1988, de 19 de diciembre.
- [269] MATIA PORTILLA, F.J., *op. cit. supra* nota 255. STC 150/2011, de 29 de septiembre (ECLI:ES:TC:2011:150). Voto particular concordante del Magistrado Aragón Reyes y voto particular discrepante de los Magistrados Ortega Álvarez, Pérez Tremps y Pérez Vera.
- [270] Art. 10.2 CE: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Sobre los límites del art. 10.2 CE como cláusula de interpretación y no de creación de derechos, REQUEJO PAGÉS, J.L., *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, CEPC, Madrid, 1998, págs. 78-92.
- [271] SSTC 119/2001, de 29 de mayo (ECLI:ES:TC:2001:119) y 16/2004, de 23 de febrero (ECLI:ES:TC:2004:16), ambas sobre contaminación acústica y derechos fundamentales. STEDH López Ostra c. España, de 9 de diciembre de 1994 (núm. 16798/90). STEDH Moreno Gómez c. España, de 16 de noviembre de 2004 (núm. 4143/02).

- [272] Sobre el derecho al silencio ambiental como derecho subjetivo tutelado por el CEDH, *vid.* la doctrina iusadministrativista especializada y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- [273] STEDH López Ostra c. España, *cit. supra* nota 271; STEDH Moreno Gómez c. España, *cit. supra* nota 271. Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por inacción ante la contaminación acústica, MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial de la Administración*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 234-258.
- [274] MATIA PORTILLA, F.J., *op. cit. supra* nota 255, págs. 373-375.
- [275] STEDH Díaz Aparicio c. España, de 11 de octubre de 2001 (núm. 49468/99). STEDH Soto Sánchez c. España, de 25 de noviembre de 2003 (núm. 66990/01).

PARTE OCTAVA

EL SILENCIO EN EL DERECHO DEL TRABAJO

1. Introducción: el silencio laboral como fenómeno poliédrico

Las relaciones laborales son, en su estructura más profunda, relaciones de poder asimétricas en las que el silencio desempeña funciones radicalmente distintas según quién calle y por qué razón lo hace. El empleador que calla puede estar ignorando deliberadamente a un trabajador para provocar su renuncia sin coste indemnizatorio. El trabajador que calla puede estar ejerciendo su derecho a no autoinculparse, protegiéndose mediante la desconexión fuera de su jornada laboral, o siendo víctima de un sistema de presiones que convierte su mutismo en la única estrategia de supervivencia disponible. Los compañeros que callan ante el acoso que sufre uno de ellos pueden estar ejerciendo una complicidad que el Derecho Laboral no sanciona directamente pero que resulta moralmente indefendible. Y la Administración que no responde a las solicitudes de los empleados públicos activa los mecanismos del silencio administrativo con consecuencias que van desde la acreditación de derechos hasta la apertura de la vía jurisdiccional.²⁷⁶

Esta Parte Octava recorre las principales dimensiones del silencio en el Derecho Laboral español con un doble propósito: mostrar que el silencio no es un fenómeno accidental ni periférico sino una categoría jurídica central que atraviesa desde el Derecho sustantivo del trabajo hasta el Derecho Administrativo del empleo público; y conectar ese análisis con la tesis que vertebra toda este discurso: que el silencio nunca es neutral, que siempre produce efectos —en unos casos protege, en otros daña, en otros acredita derechos o genera obligaciones.

Conviene advertir desde el principio que el tratamiento sistemático de los efectos jurídicos del silencio en las relaciones laborales individuales —la modificación sustancial de condiciones de trabajo, el despido tácito por actos concluyentes del empresario, el *nemo tenetur* en el procedimiento disciplinario y la propuesta P.11, la ultraactividad del convenio colectivo— fue desarrollado en la Parte Segunda de este discurso, a la que esta Parte Octava se remite expresamente para evitar duplicación.²⁷⁷ Lo que aquí se añade son las dimensiones del silencio laboral que aquella análisis no abordó: el silencio organizacional y la cultura de la empresa, el *quiet firing* como estrategia de presión, el acoso por omisión, la responsabilidad del silencio cómplice de los compañeros, el Convenio 190 OIT, el derecho a la desconexión digital como reconocimiento explícito del silencio como derecho del trabajador, y el silencio en la negociación colectiva.

2. El silencio organizacional: cuando la empresa construye la cultura del mutismo

El concepto de silencio organizacional —elaborado en la literatura de gestión empresarial a partir de los trabajos de Morrison y Milliken de comienzos del siglo XXI y recogido progresivamente por la doctrina iuslaboralista— designa el fenómeno por el que los trabajadores de una organización deciden conscientemente no expresar sus opiniones, preocupaciones o advertencias sobre problemas que observan en su entorno laboral.²⁷⁸ El silencio organizacional no es el silencio del trabajador que no sabe: es el del que sabe y calla. El que detecta irregularidades en los procedimientos de seguridad y no las comunica, el que percibe señales tempranas de acoso sobre un compañero y no las pone en conocimiento de la dirección, o el que tiene propuestas de mejora pero no las articula porque sabe, por experiencia o por intuición, que expresarlas le generaría problemas.

Las causas del silencio organizacional han sido sistematizadas por la doctrina: el miedo a represalias, la desconfianza en los canales de comunicación interna, la percepción de que las opiniones no serán escuchadas, la cultura organizativa que desincentiva la disidencia, y la solidaridad negativa entre compañeros que prefieren no señalarse.²⁷⁹ Desde la perspectiva del Derecho Laboral, el silencio organizacional plantea un problema de cumplimiento normativo —especialmente en materia de prevención de riesgos laborales, donde la comunicación de situaciones de peligro es una obligación del trabajador

según el artículo 29.2.4.^a de la Ley 31/1995—²⁸⁰ y un problema de responsabilidad empresarial: cuando el empresario ha construido una cultura organizativa que inhibe la comunicación, el silencio resultante no es responsabilidad exclusiva del trabajador que calla sino, en parte, responsabilidad del empleador que ha creado las condiciones para que callar sea la opción más segura.

La Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción —que transpone al ordenamiento español el Reglamento (UE) 2019/1937—, aborda una dimensión específica del silencio organizacional: el silencio del trabajador que conoce irregularidades pero no las denuncia por miedo a represalias.²⁸¹ La ley establece un sistema de protección para los *whistleblowers* —los «alertadores»— que incluye la prohibición de represalias, la inversión de la carga de la prueba en su favor y la creación de canales internos de denuncia en las organizaciones de cierto tamaño. La finalidad es precisamente convertir el silencio que resulta del miedo en una opción que el Derecho ya no acepta como inevitable: cuando el ordenamiento protege al que habla, el coste de callar sube y el coste de denunciar baja.

3. El *quiet firing* o despido silencioso: el silencio como instrumento de poder empresarial

El anglicismo *quiet firing* designa una estrategia empresarial que consiste en hacer la posición de un trabajador progresivamente inviable sin llegar a despedirle formalmente: suprimiéndole funciones, aislándole de los circuitos de información y decisión, ignorando sistemáticamente sus aportaciones, privándole de medios materiales para el desempeño de su trabajo, o relegándole a tareas muy por debajo de su categoría profesional. El objetivo es que el trabajador tome él mismo la iniciativa de abandonar la empresa, ahorrando al empleador la indemnización por despido improcedente.²⁸²

El silencio es, en el *quiet firing*, un instrumento específico de presión: el silencio del directivo que no responde a los correos electrónicos del trabajador, el silencio de la organización que no le informa de reuniones a las que antes asistía, el silencio de los compañeros que, siguiendo instrucciones implícitas o explícitas de la dirección, dejan de dirigirle la palabra. Este uso deliberado del silencio como mecanismo de degradación de las condiciones de trabajo tiene encaje jurídico en la figura de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo del artículo 41 ET —cuando la supresión de funciones alcanza el

umbral de la sustancialidad—, en la tutela de la dignidad del trabajador del artículo 4.2.e) ET, y en el concepto de acoso laboral cuando la conducta presenta los elementos de sistematicidad y hostilidad que la jurisprudencia exige.²⁸³

4. El acoso laboral por omisión: el silencio como instrumento de acoso

La doctrina laboralista ha debatido extensamente si el acoso laboral puede cometerse por omisión, o si requiere necesariamente conductas activas. La respuesta que la jurisprudencia española ha ido consolidando es que el acoso puede manifestarse tanto mediante actos positivos como mediante omisiones sistemáticas que tienen por efecto aislar, desvalorizar o degradar la posición del trabajador en la organización. El silencio deliberado, sostenido en el tiempo y con finalidad lesiva para la dignidad del trabajador, puede constituir por sí mismo una conducta de acoso.²⁸⁴

La STS 1236/2020, de 6 de febrero, que Baquero Aguilar analiza en su artículo, recoge entre los hechos constitutivos del acoso «la incomunicación y aislamiento de la trabajadora», «la negativa al contacto y la ausencia de cauces de comunicación», y «la actitud de vacío hacia la actividad profesional» de la persona acosada.²⁸⁵ El silencio activo —la decisión de no comunicarse, de no responder, de no reconocer la existencia del trabajador como interlocutor— es una de las formas más perversas del acoso precisamente porque es la más difícil de probar y la que más fácilmente se puede racionalizar como «falta de comunicación» o «diferencias de carácter».

La dificultad probatoria del acoso por omisión es uno de los nodos más complejos del Derecho Laboral español. Como señala Baquero Aguilar, el acoso se manifiesta frecuentemente de «forma sutil y alargada en el espacio temporal», y la persona afectada a menudo no sabe lo que le está sucediendo ni cómo ha de actuar. La prueba de la omisión sistemática exige al demandante acreditar no solo la ausencia de conductas sino la intencionalidad de esa ausencia, lo que en la práctica judicial se resuelve mediante indicios que el juez valorará en su conjunto: testimonios de compañeros, correos electrónicos sin respuesta, informes de la Inspección de Trabajo, partes médicos que documenten el deterioro de la salud del trabajador. La STS 1236/2020 abrió una vía importante al aceptar las declaraciones de la trabajadora acosada como medio de prueba suficiente cuando se acompañan de corroboraciones indirectas, aliviando la carga probatoria que recae sobre quien sufre el acoso.²⁸⁶

5. El silencio cómplice: Baquero Aguilar y la responsabilidad de los que callan

El artículo de Jorge Baquero Aguilar —«El acoso laboral y el silencio cómplice»— es, para los propósitos de esta Parte Octava, la referencia doctrinal central.²⁸⁷ El concepto que le da título tiene una carga jurídica y moral de primer orden: el «silencio cómplice» de los compañeros que conocen el acoso y no intervienen. Este silencio no es el silencio del que ignora: es el silencio del que sabe y, por miedo, por conveniencia o por indiferencia, elige no hacer nada. Y ese silencio es uno de los elementos que permite que el acoso laboral persista y se cronifique.

La frase de Martin Luther King con la que Baquero Aguilar cierra su artículo —«No me preocupa tanto la gente mala, sino el espantoso silencio de la gente buena»— no es un cierre retórico: es la formulación más precisa de la paradoja moral que el silencio cómplice en el acoso laboral plantea. Los compañeros que callan no son, en la mayoría de los casos, cómplices activos del acosador. Son personas que tienen miedo —fundado o infundado— de que denunciar el acoso les perjudique laboralmente. El silencio cómplice no es siempre perversidad: es, en su forma más común, una respuesta racional a un sistema de incentivos perverso.²⁸⁸

La STS 1236/2020 establece una distinción jurídicamente relevante: condena a la entidad empleadora por no haber adoptado las medidas necesarias para hacer cesar el acoso —responsabilidad por omisión de la persona jurídica—, pero no impone consecuencias directas sobre los compañeros que guardaron silencio, cuya responsabilidad queda en el plano moral. Esta asimetría —la responsabilidad de la organización frente a la impunidad de los individuos que callaron— es una de las tensiones estructurales del Derecho Laboral en materia de acoso: el sistema sanciona a la empresa que no actúa pero no dispone de mecanismos específicos para responsabilizar a los compañeros que, con su silencio, permitieron que el acoso se perpetuara.²⁸⁹

6. El Convenio 190 OIT y la superación del silencio normativo

El Convenio sobre la Violencia y el Acoso, número 190 de la Organización Internacional del Trabajo, adoptado el 21 de junio de 2019 en la 108.^a Conferencia Internacional del Trabajo y ratificado por España en 2023, es el primer instrumento internacional de alcance general que aborda la violencia y el acoso en el mundo del trabajo de manera sistemática.²⁹⁰ Baquero Aguilar lo

analiza como la respuesta normativa más esperanzadora a un problema que la legislación española ha abordado de manera transversal —fragmentada entre el Estatuto de los Trabajadores, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, las normas contra la discriminación y los convenios colectivos— sin construir una regulación específica, coherente y eficaz.

El artículo 1.a) del Convenio 190 elimina la exigencia de reiteración temporal que había sido identificada como uno de los principales defectos de la regulación española: basta con que los comportamientos de violencia o acoso se manifiesten «una sola vez o de manera repetida» para que el Convenio les sea aplicable.²⁹¹ Esta modificación tiene una importancia específica en relación con el silencio como instrumento de acoso: si el silencio deliberado y hostil puede constituir acoso aunque se manifieste de forma episódica, la estrategia del silencio calculado pierde su eficacia como mecanismo de elusión del tipo.

El artículo 9.b) del Convenio establece que los Estados que lo ratifiquen deben adoptar legislación que «tenga en cuenta la violencia y el acoso, así como los riesgos psicosociales asociados, en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo». Baquero Aguilar destaca que esta disposición refuerza la conexión entre el acoso laboral y el artículo 15 de la Constitución española —el derecho a la integridad física y moral—, que goza de la máxima protección constitucional del artículo 53.2 CE.²⁹² Si el silencio sistemático como instrumento de acoso produce daño psicológico documentado —y la jurisprudencia del Tribunal Supremo así lo reconoce—, ese daño tiene dimensión constitucional y no puede ser tratado por el ordenamiento laboral como una mera cuestión de convivencia organizativa.

7. El derecho a la desconexión digital: el silencio como derecho del trabajador

La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, introdujo en su artículo 88 —y modificó correlativamente el artículo 20 bis del Estatuto de los Trabajadores— el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral: el derecho del trabajador a no atender dispositivos digitales ni a responder comunicaciones profesionales fuera de su jornada de trabajo ordinaria, en períodos de vacaciones y durante bajas por enfermedad.²⁹³ Este derecho es, desde la perspectiva de este discurso, uno de los reconocimientos más explícitos y más recientes del silencio como derecho laboral: el derecho a no responder, a no estar disponible, a imponer una barrera al flujo continuo de comunicaciones que la tecno-

logía hace técnicamente posible pero que el Derecho Laboral ha decidido no aceptar como norma.

El fundamento constitucional del derecho a la desconexión descansa en el artículo 40.2 CE —el derecho al descanso— y en el artículo 18.1 CE —el derecho a la intimidad personal y familiar—: si el trabajador está permanentemente conectado, nunca descansa en sentido pleno, porque la posibilidad siempre abierta de recibir una comunicación profesional que exija respuesta mantiene una vigilancia latente que impide la recuperación física y psíquica. El derecho a la desconexión no es una mera limitación del poder de dirección del empleador sobre el tiempo de trabajo: es una garantía de que el espacio privado del trabajador —su hogar, su tiempo libre, su cuerpo en reposo— no sea colonizado por la organización. Es, en ese sentido preciso, el derecho al silencio frente al poder organizativo.²⁹⁴

La regulación española del derecho a la desconexión es más declarativa que prescriptiva: el artículo 88 LOPDGDD establece la obligación de elaborar una política interna de desconexión digital, pero no fija horarios ni mecanismos de control, dejando a la negociación colectiva la concreción del derecho. La jurisprudencia ha comenzado a rellenar ese espacio: el Juzgado de lo Social de Madrid en su sentencia de 11 de diciembre de 2019 declaró nula la sanción impuesta a un trabajador por no responder a un mensaje en horario nocturno; y la STSJ de Madrid de 17 de septiembre de 2021 declaró que la empresa que envía correos electrónicos a los trabajadores fuera de su horario laboral esperando respuesta inmediata vulnera el derecho a la desconexión, aunque no haya impuesto formalmente la obligación de responder.²⁹⁵

La paradoja del derecho a la desconexión es que el ordenamiento laboral ha tardado décadas en proteger explícitamente algo que el sentido común habría considerado obvio: que el trabajador tiene derecho a callar cuando no está en el trabajo. Que esa obviedad requiriera una ley específica es, en sí misma, un síntoma del desequilibrio de poder en las relaciones laborales contemporáneas, donde la presión para estar siempre disponible se ha internalizado como norma cultural antes de que el Derecho interviniera para decir que no es obligatoria.

8. El silencio administrativo en el Derecho del empleo público

El silencio administrativo en sentido técnico —analizado en la Parte Cuarta de este discurso— adquiere en el ámbito laboral una dimensión específica

cuando el trabajador es empleado público y cuando la Administración empleadora no responde a sus solicitudes. La relación de empleo público combina elementos del Derecho Administrativo —competencia, procedimiento, revisión jurisdiccional contencioso-administrativa— con elementos propios del Derecho Laboral —negociación colectiva, representación sindical, protección frente al acoso—, y el silencio puede operar en ambos planos con efectos que se superponen y en ocasiones se contradicen.²⁹⁶

En el plano estrictamente administrativo, las solicitudes de los empleados públicos relativas a su relación de servicio están sujetas al régimen general del silencio administrativo de los artículos 21 a 25 de la Ley 39/2015, con la excepción importante de que cuando la solicitud implica el ejercicio de la potestad de organización del servicio, la Administración no puede quedar vinculada por su silencio a una solución que no ha adoptado deliberadamente.

El artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, introducido por el Real Decreto-ley 6/2019, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, establece el derecho del trabajador a la adaptación de la duración y distribución de la jornada para hacer efectivo su derecho a la conciliación.²⁹⁷ La Ley 10/2021, de trabajo a distancia, desarrolló parcialmente este régimen, y la jurisprudencia ha establecido que la empresa que no responde en plazo a la solicitud de adaptación de jornada vulnera el derecho, con independencia de si el silencio fue deliberado o simplemente negligente.²⁹⁸ En este ámbito específico, el silencio del empleador tiene un valor negativo presunto: no equivale a concesión, pero activa el derecho del trabajador a impugnar judicialmente la negativa implícita.

9. El silencio en la negociación colectiva y en la representación sindical

La negociación colectiva es, en su esencia, un proceso de producción de normas mediante el diálogo entre las partes de la relación laboral. El artículo 89 del Estatuto de los Trabajadores establece la obligación de negociar de buena fe, y la jurisprudencia ha precisado que esa obligación no exige alcanzar acuerdo —el fracaso de las negociaciones es un resultado legítimo— pero sí exige que las partes comparezcan a la negociación dispuestas a intercambiar propuestas, a justificar sus posiciones y a explorar fórmulas de acuerdo.²⁹⁹ El silencio obstaculizador —la actitud de quien acude a la mesa de negociación pero se niega a responder a las propuestas de la otra parte— constituye una

vulneración del deber de negociar de buena fe que puede dar lugar a la declaración de ilegalidad de la posición negociadora adoptada.

El silencio tiene también relevancia jurídica en el ámbito de los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores. El artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores establece un amplio catálogo de materias sobre las que la empresa debe informar y consultar al comité de empresa antes de adoptar decisiones. El silencio empresarial —la adopción de decisiones sin haber informado o consultado previamente a los representantes— constituye una vulneración de los derechos de representación colectiva que puede ser declarada nula por los tribunales laborales.³⁰⁰ En este contexto, el silencio del empleador no es el silencio pasivo de quien no responde: es el silencio activo de quien decide sin consultar, suprimiendo un espacio de participación que el ordenamiento laboral garantiza.

10. Síntesis: el silencio como categoría transversal del Derecho Laboral

El silencio en el Derecho Laboral puede ser un instrumento de poder —cuando el empleador calla para aislar, degradar o provocar la renuncia de un trabajador—, una garantía —cuando el ordenamiento reconoce al trabajador el derecho a no responder fuera de su jornada—, un indicio de acoso —cuando el silencio de los compañeros se convierte en complicidad—, una omisión que genera responsabilidad —cuando la empresa no responde a las solicitudes de adaptación de jornada o no adopta medidas frente al acoso que conoce—, o un déficit normativo que el Convenio 190 OIT y la ley de *whistleblowing* están comenzando a abordar con mayor ambición.

La frase de Martin Luther King con la que Baquero Aguilar cierra su artículo tiene, en el contexto del Derecho Laboral, una precisión que trasciende su carácter de cita inspiradora: el «espantoso silencio de la gente buena» no es solo un problema moral sino un problema jurídico. Un ordenamiento laboral que tolera el silencio cómplice ante el acoso, que no protege suficientemente al trabajador que habla cuando debería callar —fuera de su jornada— ni al que habla cuando debería poder hacerlo —denunciando irregularidades—, es un ordenamiento que no ha completado el proceso de constitucionalización de las relaciones de trabajo que el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores proclamó hace casi medio siglo. El silencio en el Derecho Laboral es, en su dimensión más profunda, un termómetro de la dignidad en el trabajo.³⁰¹

NOTAS

- [276] BAQUERO AGUILAR, J., «El acoso laboral y “el silencio cómplice”», *Noticias CIELO*, núm. 1 (2021), www.cielolaboral.com.
- [277] Remisión expresa a la Parte Segunda, secciones XII y XIII de este discurso, donde se analizan: el art. 41 ET y las SSTs de 20 de junio de 2023 y 12 de marzo de 2024; el despido tácito (STS 7.10.2022); el *nemo tenetur* en el procedimiento disciplinario y la Propuesta P.11; la ultraactividad del convenio (art. 86.3 ET, Ley 3/2012); y la condición más beneficiosa (art. 3.5 ET).
- [278] MORRISON, E.W. y MILLIKEN, F.J., «Organizational Silence: A Barrier to Change and Development in a Pluralistic World», *Academy of Management Review*, vol. 25, núm. 4 (2000), págs. 706-725. Sobre la recepción del concepto en la doctrina iuslaboralista española, SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y CONDE COLMENERO, P., «La voz del trabajador y el silencio organizacional», *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (CEF), núm. 478 (2023), págs. 11-38.
- [279] MILLIKEN, F.J., MORRISON, E.W. y HEWLIN, P.F., «An Exploratory Study of Employee Silence: Issues That Employees Don't Communicate Upward and Why», *Journal of Management Studies*, vol. 40, núm. 6 (2003), págs. 1453-1476.
- [280] Art. 29.2.4.^a Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1995): «Informar de inmediato a su superior jerárquico directo, y a los trabajadores designados para realizar actividades de protección y de prevención o, en su caso, al servicio de prevención, acerca de cualquier situación que, a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores».
- [281] Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción (BOE núm. 44, de 21 de febrero de 2023). Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (DO L 305, de 26 de noviembre de 2019).
- [282] Sobre el fenómeno del «quiet firing» o despido silencioso, *vid.* la doctrina iuslaboralista emergente sobre nuevas formas de extinción contractual indirecta.

- [283] Art. 4.2.e) ET: derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad. Art. 41 ET sobre la MSCT. MOLINA NAVARRERE, C., *Manual de Derecho del Trabajo*, Comares, Granada (última edición).
- [284] Sobre el acoso laboral (*mobbing*) y sus modalidades por omisión, *vid.* la doctrina iuslaboralista especializada.
- [285] STS (Sala 4.^a) 1236/2020, de 6 de febrero (ECLI:ES:TS:2020:1236). Sobre la incomunicación como forma de acoso, *vid.* también STSJ País Vasco de 23 de septiembre de 2014 (ECLI:ES:TSJPV:2014:2987).
- [286] BAQUERO AGUILAR, J., *op. cit. supra* nota 276. STS 1236/2020, *cit. supra* nota 285. Sobre la prueba del acoso por omisión, AGUSTÍ MARAGALL, J., «La prueba del acoso en el trabajo», *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, núm. 10 (2014), págs. 77-118.
- [287] BAQUERO AGUILAR, J., *op. cit. supra* nota 276.
- [288] MARTIN LUTHER KING, Carta desde la Cárcel de Birmingham (1963), en *Why We Can't Wait*, Penguin Books, Nueva York, 1964.
- [289] STS 1236/2020, *cit. supra* nota 285. Convenio 190 OIT, adoptado en la 108.^a CIT, Ginebra, 21 de junio de 2019. Ratificación por España: instrumento publicado en BOE núm. 125, de 25 de mayo de 2023.
- [290] Convenio 190 OIT, *cit. supra* nota 289.
- [291] Convenio 190 OIT, art. 1.a): «a efectos del presente Convenio [...] la expresión “violencia y acoso” en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida».
- [292] Convenio 190 OIT, art. 9.b). Art. 15 CE: derecho a la integridad física y moral. Art. 53.2 CE: tutela preferente y sumaria ante los tribunales ordinarios y recurso de amparo constitucional.
- [293] Art. 88 LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018). Art. 20 bis ET (redacción dada por la LO 3/2018).
- [294] Arts. 40.2 y 18.1 CE. Sobre el derecho de los trabajadores a la desconexión digital, *vid.* la doctrina iuslaboralista especializada.
- [295] Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Madrid, de 11 de diciembre de 2019 (Proc. 937/2019). STSJ de Madrid (Sala Social), de 17 de septiembre de 2021 (ECLI:ES:TSJM:2021:11847).

- [296] Sobre el silencio administrativo en la relación de empleo público, *vid.* FONDEVILA ANTOLÍN, J., *Manual para la selección de empleados públicos*, 3.^a ed., El Consultor de los Ayuntamientos (Wolters Kluwer), Madrid, 2021.
- [297] Art. 34.8 ET, introducido por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (BOE núm. 57, de 7 de marzo de 2019).
- [298] Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (BOE núm. 164, de 10 de julio de 2021).
- [299] Art. 89 ET. STS (Sala 4.^a) de 14 de diciembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:5591).
- [300] Art. 64 ET. SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., *Derecho Sindical*, 9.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 312-338. STS (Sala 4.^a) de 20 de abril de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1677) sobre nulidad de la decisión empresarial adoptada sin consulta previa.
- [301] BAQUERO AGUILAR, J., *op. cit. supra* nota 276. El artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores (RDLeg 2/2015) proclama que esta ley regula «las relaciones laborales entre los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios [...] dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona [...], que recibirán por ello una retribución». La constitucionalización de esas relaciones —con todo lo que implica en términos de garantías del trabajador frente al poder del empleador— es un proceso todavía incompleto, como el análisis del silencio en este sector del ordenamiento pone de manifiesto.

PARTE NOVENA

LOS ANTÓNIMOS DEL SILENCIO: EL RUIDO Y EL DERECHO

1. Introducción: el ruido como categoría jurídica transversal

Toda obra sobre el silencio en el Derecho estaría incompleta si no contemplase su antónimo. El silencio no existe en el vacío: existe en tensión permanente con el ruido, que es su negación, su enemigo natural y, desde hace varias décadas, su principal agresor en los sistemas jurídicos contemporáneos. Estudiar el silencio sin estudiar el ruido sería como estudiar la propiedad sin estudiar la expropiación, o la libertad sin estudiar la coacción. El antónimo ilumina el concepto, le da contorno, revela lo que se protege precisamente porque muestra lo que lo destruye.³⁰²

El ruido tiene, como el silencio, una dimensión física y una dimensión jurídica que no siempre coinciden. Físicamente, el ruido es energía acústica no deseada, vibración del aire que el oído humano percibe como perturbación. Jurídicamente, el ruido es algo más y algo distinto: es una injerencia en la esfera de derechos del ciudadano que el ordenamiento regula, prohíbe, sanciona o tolera según criterios que no son puramente acústicos sino también políticos, económicos y sociales. La frontera entre el ruido que el Derecho prohíbe y el que consiente no es una frontera decibélica: es una frontera valorativa, trazada en la intersección entre el derecho al disfrute tranquilo del domicilio y la libertad de la actividad económica que lo perturba.

La expresión popular —y jurídicamente cargada— «el que calla otorga» tiene, en el ámbito del ruido, una inversión significativa: en este campo es el Estado el que, cuando calla ante las fuentes de contaminación acústica, otorga a los emisores de ruido una licencia implícita para continuar. Y esa licencia

implícita, ese silencio de las autoridades ante la contaminación acústica, es precisamente lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha calificado como vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo: la inacción del poder público no es neutralidad sino complicidad. El silencio de la Administración ante el ruido no protege el silencio del ciudadano: lo destruye.³⁰³

La Parte Novena se propone analizar el ruido como categoría jurídica transversal que cruza el Derecho Administrativo —con la Ley 37/2003 del Ruido como eje normativo—, el Derecho Penal —con los delitos contra el medio ambiente como expresión más grave de la responsabilidad individual por contaminación acústica— y el Derecho Civil —con los actos de inmisión y el Derecho de vecindad como cauce de tutela privada del silencio—. Las tres ramas del ordenamiento protegen el mismo bien jurídico desde perspectivas distintas y con instrumentos distintos, y su análisis conjunto permite trazar el mapa completo de la tutela jurídica del silencio como derecho.

Hay en esta Parte Novena, sin embargo, una dimensión que trasciende el análisis técnico-jurídico y que el discurso no puede eludir sin incurrir en la misma aridez que denuncia: la dimensión cultural e identitaria del silencio como bien colectivo. En Murcia —la ciudad donde este discurso se pronuncia— el silencio ha sido históricamente un patrimonio colectivo: el silencio de la siesta, el aire detenido sobre la huerta, la quietud de agosto que durante generaciones constituyó el ritmo natural de la vida mediterránea. Ese silencio no era vacío ni pasividad: era la forma que tomaba la civilización cuando decidía recuperar fuerzas, cuando el cuerpo y la mente reclamaban el espacio que la actividad les había negado. El ruido no es, pues, solo una molestia medible en decibelios: es una expropiación de la intimidad colectiva, una agresión al patrimonio intangible de una comunidad que había construido su modo de vida sobre el derecho al silencio. El Estado que calla ante los focos de ruido nocturno no solo incumple la Ley 37/2003: otorga una licencia de agresión contra ese patrimonio y contra la dignidad de quienes lo habitan.^{302b}

2. El marco constitucional y europeo

La jurisprudencia del TEDH en materia de contaminación acústica fue analizada en la Parte Cuarta (en su dimensión de inactividad administrativa) y en la Parte Séptima (en su dimensión de derecho fundamental), a cuyos apartados correspondientes se remite esta Parte Novena.³⁰⁴ Baste aquí con enunciar los tres pilares del marco: el artículo 45 CE, que reconoce el derecho

a disfrutar de un medio ambiente adecuado; el artículo 8 CEDH, que garantiza el respeto a la vida privada y familiar y al domicilio; y la jurisprudencia del TEDH que, desde *López Ostra c. España* (1994) hasta *Martínez Martínez c. España* (2011), ha construido un verdadero derecho al silencio ambiental como componente exigible del derecho al respeto del domicilio.

La STC 15/2016, de 1 de febrero, confirmó la constitucionalidad de la Ley 37/2003 del Ruido y precisó el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. El Tribunal Constitucional reconoció que la protección frente al ruido tiene una dimensión constitucional que conecta con el artículo 45 CE y con el artículo 18 CE —el derecho a la inviolabilidad del domicilio—, y que el Estado tiene competencia para fijar los estándares básicos de protección acústica, sin perjuicio del desarrollo autonómico.³⁰⁵

Gambier, desde la perspectiva del Derecho comparado y con particular atención a la jurisprudencia del TEDH, ha señalado que el reconocimiento del derecho al silencio como dimensión del artículo 8 CEDH abre un cauce de tutela transnacional para los ciudadanos afectados por contaminación acústica que trasciende los remedios internos.³⁰⁶ La crónica jurisprudencial del TEDH que Bouazza Ariño ha sistematizado confirma que esta línea se ha consolidado y extendido: el Tribunal ha reconocido que la exposición a contaminación que sobrepasa los umbrales permitidos constituye un riesgo que implica, por sí solo, una violación del artículo 8 CEDH, sin necesidad de que el demandante pruebe un daño concreto a su salud.³⁰⁷

3. El ruido en el Derecho Administrativo: la Ley 37/2003 y su arquitectura normativa

3.1. El marco normativo: de la Directiva europea a la ordenanza municipal

La Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, constituye el pilar central del sistema normativo de protección frente a la contaminación acústica en España.³⁰⁸ Su aprobación respondió a la necesidad de transponer la Directiva 2002/49/CE sobre evaluación y gestión del ruido ambiental, que estableció el marco europeo común para la medición, evaluación y reducción del ruido procedente de infraestructuras de transporte, instalaciones industriales y actividades urbanas.

La Ley 37/2003 estructura la protección acústica en torno a tres instrumentos principales. Primero, los mapas de ruido: documentos técnicos que

cartografían los niveles de exposición sonora en cada zona del territorio. Segundo, los planes de acción: instrumentos de planificación mediante los cuales las Administraciones Públicas responsables definen las medidas para reducir el ruido en las zonas problemáticas. Y tercero, la zonificación acústica: clasificación del territorio en áreas de sensibilidad acústica diferente —residencial, industrial, recreativa, sanitaria— con valores límite de emisión e inmisión específicos para cada una.³⁰⁹

El desarrollo reglamentario se articula principalmente a través del Real Decreto 1367/2007, de zonificación acústica, objetivos de calidad y emisiones acústicas, y del Real Decreto 1371/2007, sobre requisitos acústicos de las edificaciones. Este segundo reglamento tiene una relevancia práctica notable porque impone a los promotores y constructores la obligación de proyectar y ejecutar los edificios de nueva construcción de manera que cumplan determinados requisitos de aislamiento acústico, convirtiendo el silencio interior en una exigencia técnica del proceso constructivo.³¹⁰

3.2. La inactividad administrativa ante el ruido: el silencio que destruye el silencio

El sistema normativo de protección frente al ruido sería suficiente, sobre el papel, para garantizar niveles razonables de tranquilidad acústica. El problema —como Chaves García ha señalado— es que la Administración tiende a dar la callada por respuesta también ante el ruido: no inspecciona, no sanciona, no ejecuta los planes de acción y no retira las licencias a los establecimientos que superan los niveles permitidos.³¹¹ El silencio de la Administración ante el ruido es, en este sentido, la segunda paradoja del sistema: el poder público que debería proteger el silencio del ciudadano produce él mismo, mediante su inactividad, la destrucción de ese silencio.

La jurisprudencia del TEDH ha cerrado esta paradoja con una lógica que el Derecho Administrativo español debe integrar: la inacción de las autoridades municipales y autonómicas ante las fuentes de ruido que superan los umbrales permitidos no es una omisión administrativamente inerte sino una vulneración del artículo 8 CEDH. La STS de 8 de marzo de 2023 (rec. 431/2021) ha extendido la lógica de la inactividad formal al ámbito de la inactividad material: cuando el Gobierno incumple un mandato legal que le obliga a dictar disposiciones de desarrollo en materia de protección acústica, esa inactividad es susceptible de recurso contencioso-administrativo. El silencio del reglamentista —la omisión de las normas de desarrollo que la ley exige— es

una forma de silencio administrativo que el ordenamiento no tolera cuando el mandato legal es suficientemente preciso.³¹²

3.3. *Las servidumbres acústicas*

La Ley 37/2003 introduce el concepto de servidumbre acústica: una limitación del dominio impuesta sobre los terrenos colindantes con las grandes infraestructuras de transporte —aeropuertos, autopistas, ferrocarriles— que establece una zona en la que los niveles de ruido superan los valores límite residenciales y en la que quedan restringidos determinados usos del suelo.³¹³

La figura ha generado un debate jurídico relevante en torno a la indemnizabilidad de la servidumbre acústica cuando los niveles de ruido de una infraestructura ya existente se incrementan por encima de los umbrales que motivaron la calificación original. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido el derecho a indemnización en estos supuestos: si el Estado, mediante una actuación lícita —la ampliación de un aeropuerto o el aumento de la intensidad de tráfico en una autopista— incrementa los niveles de ruido hasta el punto de deteriorar la calidad de vida de los vecinos más allá de lo que la servidumbre acústica original amparaba, ese deterioro constituye un daño antijurídico que el ciudadano no está obligado a soportar sin compensación.³¹⁴

4. El ruido en el Derecho Penal: los delitos contra el medio ambiente

4.1. *El tipo básico del artículo 325 del Código Penal*

El Código Penal español tipifica la contaminación acústica como modalidad del delito contra el medio ambiente en su artículo 325.³¹⁵ En su redacción vigente, el precepto castiga a quien, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, ruidos o vibraciones, con incidencia en la salud humana o que pudiera perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales.

El delito ecológico del artículo 325 es un tipo de contaminación con estructura peculiar: requiere la contravención de las leyes o disposiciones protectoras del medio ambiente —lo que convierte el ilícito penal en una infracción administrativa cualificada— y exige que esa contravención tenga incidencia en la salud humana o pueda perjudicar gravemente los sistemas naturales.

En el caso del ruido, el elemento de incidencia en la salud humana conecta el tipo penal con la jurisprudencia del TEDH: los niveles de ruido que durante períodos prolongados perturban el sueño, generan estrés crónico o deterioran la salud auditiva son, en principio, subsumibles en el tipo del artículo 325 cuando superan los valores límite establecidos por la legislación administrativa y alcanzan la gravedad que el precepto requiere.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que el umbral que distingue la infracción administrativa del ilícito penal no es puramente cuantitativo —no basta con que los niveles de ruido superen los valores límite— sino que requiere una valoración de la gravedad de la perturbación en función de su intensidad, duración, reiteración y efectos sobre la salud de las personas afectadas. El principio de intervención mínima del Derecho Penal obliga a reservar la respuesta penal para los supuestos de mayor gravedad.³¹⁶

4.2. Los focos más frecuentes en la jurisprudencia

La jurisprudencia penal española sobre contaminación acústica se ha desarrollado principalmente en torno a tres focos: los locales de ocio nocturno con niveles de ruido persistentemente elevados; las actividades industriales o ganaderas en zonas de proximidad residencial; y las instalaciones de climatización o ventilación de edificios cuyo funcionamiento genera emisiones acústicas que superan los umbrales permitidos durante las horas de descanso.

El caso de los locales de ocio nocturno es el más frecuente en la práctica judicial y el que ha generado una doctrina más consolidada. Los tribunales han condenado por el artículo 325 a titulares de locales que, durante períodos prolongados y pese a las denuncias de los vecinos y a las actuaciones administrativas insuficientes, mantuvieron niveles de emisión acústica claramente superiores a los autorizados. El Código Penal prevé, junto al tipo básico, una agravación aplicable cuando se han desobedecido las órdenes de la autoridad competente para hacer cesar la actividad.³¹⁷

4.3. La responsabilidad penal de las personas jurídicas

La reforma del Código Penal de 2010 introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aplicable también a los delitos contra el medio ambiente del artículo 325. Esta novedad tiene una relevancia práctica notable en el ámbito de la contaminación acústica: cuando la fuente de ruido es una

empresa, la persona jurídica titular de la actividad puede ser condenada penalmente junto a los administradores o gestores que tomaron las decisiones que generaron la contaminación.³¹⁸

La responsabilidad penal de la persona jurídica en materia de ruido exige, según la doctrina del artículo 31 bis del Código Penal, que el delito haya sido cometido en nombre y por cuenta de la empresa, en su beneficio directo o indirecto, y que la empresa no haya adoptado los modelos de organización y gestión —programas de *compliance*— que habrían podido prevenir el delito. Este último requisito convierte la prevención de la contaminación acústica en una exigencia de gobernanza corporativa.³¹⁹

5. El ruido en el Derecho Civil: inmisiones y vecindad

5.1. *La teoría de las inmisiones*

El Derecho Civil ofrece, frente al ruido que perturba el uso y disfrute de la propiedad, un instrumento que precede en varios siglos a la legislación administrativa y penal: la teoría de las inmisiones, elaborada por la doctrina romana y sistemáticamente desarrollada por la pandectística alemana del siglo XIX.³²⁰ La inmisión acústica es una inmisión inmaterial o energética: no introduce materia en la propiedad ajena sino energía acústica que perturba el goce tranquilo de la misma. La clave dogmática de la teoría de las inmisiones es que no toda inmisión es ilícita: el propietario está obligado a tolerar las inmisiones que no superen la medida ordinaria de las perturbaciones que se derivan de la vecindad normal, y solo tiene derecho a reclamar frente a las que excedan ese umbral de tolerancia.

El artículo 1908 del Código Civil español ha sido interpretado por la jurisprudencia como fundamento de la responsabilidad civil por los daños causados por ruidos y vibraciones que superan los niveles normales de la convivencia vecinal. La aplicación del artículo 1908.2 CC a las inmisiones acústicas no es pacífica en la doctrina, pues el precepto fue redactado pensando en inmisiones de naturaleza física o química, pero la jurisprudencia ha optado por una interpretación extensiva que incluye las energéticas.³²¹

5.2. *El artículo 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal*

En el contexto urbano —que es donde la inmisión acústica es más frecuente—, el instrumento de Derecho Civil más utilizado para combatir el ruido es

el artículo 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal, que prohíbe a los propietarios y ocupantes desarrollar actividades que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas.³²² El precepto habilita a la Junta de Propietarios y al Presidente de la Comunidad para requerir al infractor que cese en su conducta y, si el requerimiento no es atendido, para iniciar la acción judicial de cesación.

La acción de cesación del artículo 7.2 LPH tiene una eficacia práctica notable porque su objeto no es solo la indemnización —aunque puede acumularse con la acción de resarcimiento del artículo 1902 CC— sino la cesación de la actividad perturbadora y, en caso de reincidencia, la privación del uso del elemento privativo por un período de hasta tres años. Este último efecto —la privación temporal del uso del piso o local— es la medida más enérgica que el Derecho Civil español pone en manos de la Comunidad de Propietarios para proteger la tranquilidad de sus miembros, y su carácter disuasorio es considerable.³²³

La jurisprudencia civil sobre inmisiones acústicas ha evolucionado significativamente en los últimos años. Los tribunales han reconocido el derecho a la indemnización por los daños morales derivados de la perturbación acústica —el estrés, la privación del sueño, la imposibilidad de disfrutar del domicilio con normalidad— abandonando la exigencia tradicional de que el daño moral sea especialmente grave e intenso para ser resarcible. Esta evolución conecta con la doctrina del TEDH: si el Derecho Europeo de Derechos Humanos reconoce que los niveles de ruido que perturban el disfrute del domicilio lesionan la vida privada y familiar, el Derecho Civil interno no puede quedar por detrás en la protección que ofrece.

5.3. *Las relaciones de vecindad en el Derecho civil catalán*

El Derecho civil catalán ha desarrollado, con mayor sistemática que el Código Civil español, un régimen de las relaciones de vecindad que incluye una regulación específica de las inmisiones. El artículo 546-13 del Libro V del Código Civil de Cataluña establece que el propietario de una finca ha de tolerar las inmisiones de ruido, vapor, calor, olores, luz, vibraciones y similares provenientes de la finca vecina cuando no perjudican su finca más de lo que es razonable esperar de la vecindad, teniendo en cuenta las circunstancias del lugar y el uso habitual de la zona.³²⁴ La ventaja del sistema catalán es que prevé expresamente la acción negatoria y la acción indemnizatoria como remedios

acumulables, y que establece que el juez puede adoptar las medidas cautelares necesarias para hacer cesar la perturbación durante la tramitación del proceso.

6. El derecho al silencio ambiental: síntesis y perspectivas

6.1. El silencio como bien jurídico transversal

El análisis conjunto de las tres dimensiones jurídicas del ruido permite extraer una conclusión que trasciende las categorías sectoriales: el silencio es un bien jurídico protegido por el ordenamiento español en su conjunto, con una coherencia que la fragmentación normativa tiende a oscurecer pero que la jurisprudencia del TEDH ha contribuido decisivamente a revelar. El artículo 8 CEDH, al convertir el derecho al respeto del domicilio en el fundamento de la protección frente al ruido, ha proporcionado al sistema un principio unificador que las distintas ramas del ordenamiento desarrollan con instrumentos propios hacia un objetivo común.³²⁵

Esta coherencia no es, sin embargo, perfecta. La principal fricción se produce entre la tutela penal y la administrativa: cuando la Administración ha tolerado durante años una actividad ruidosa sin adoptar las medidas de corrección que la ley le imponía, la intervención penal tardía genera un efecto de doble sanción que resulta difícil de justificar. El ciudadano que ha sufrido el ruido durante años sin que la Administración actuara tiene derecho a preguntarse por qué el ordenamiento esperó a que la situación alcanzara la gravedad exigida por el tipo penal en lugar de haberla corregido antes a través del sistema administrativo.

La respuesta a esta pregunta apunta, de nuevo, a la inactividad administrativa como el nudo gordiano del problema. Como ha señalado el periodista Alejandro Agudo en su reportaje sobre el reto de vivir en silencio, las innovaciones tecnológicas que permiten insonorizar espacios y el mercado de productos que «venden silencio» son respuestas privadas a un fracaso público.³²⁶ El ciudadano que compra auriculares de cancelación de ruido para poder dormir en su propio hogar está ejerciendo, con sus propios recursos, un derecho que el Estado debería garantizarle sin que tuviera que pagarlo.

6.2. El ruido como destrucción del silencio comunicativo

Esta Parte Novena no estaría completa si no recuperara la perspectiva con la que la Parte Primera de este discurso abría el análisis del silencio: la pers-

pectiva lingüística y comunicativa. El silencio, en la teoría de los actos de habla que Escavy Zamora desarrolla en su contribución a este discurso, no es simplemente la ausencia de sonido: es el espacio que hace posible la comunicación, la pausa que separa las palabras, el fondo sobre el que el lenguaje se recorta.³²⁷ El ruido que destruye el silencio no destruye solo la tranquilidad física del ciudadano: destruye también ese espacio de comunicación, reflexión e interioridad que el silencio hace posible.

Esta dimensión comunicativa del silencio tiene consecuencias jurídicas que van más allá de la legislación acústica. Cuando el ruido se convierte en el medio a través del cual un poder —público o privado— impide a los ciudadanos reunirse, deliberar o comunicarse, deja de ser una perturbación ambiental y se convierte en un instrumento de dominación. El ruido del Estado que disuelve manifestaciones con medios acústicos, el ruido mediático que impide que una voz sea escuchada: estas formas de ruido deliberado son la negación más radical del silencio como condición de la libertad. Y su tratamiento jurídico desborda las categorías del Derecho Ambiental para adentrarse en el territorio de los derechos fundamentales.

El discurso recoge así, en esta Parte Novena, la advertencia que De Diego formuló en 1925 y que recorre estas páginas de principio a fin: el silencio no es la nada. Es el espacio en el que el ser humano se reconoce a sí mismo, se comunica con los demás y ejerce su libertad. El Derecho que protege ese espacio —desde la Ley del Ruido hasta el artículo 8 del Convenio Europeo, desde la acción de cesación del artículo 7.2 LPH hasta el artículo 325 del Código Penal— no está haciendo otra cosa que proteger, en su formulación más concreta y más cotidiana, la dignidad de la persona que tiene derecho a callar y a que la dejen callar.³²⁸

NOTAS

[302] Sobre el ruido como categoría jurídica transversal, GARCÍA URETA, A., «El ruido en la jurisprudencia del TEDH: notas a la sentencia Martínez Martínez c. España», *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 7 (noviembre 2011), págs. 15-26.

[302b] Sobre el silencio como patrimonio cultural colectivo en el ámbito mediterráneo, CORBIN, A., *Les cloches de la terre. Paysage sonore et culture sensible dans les campagnes au XIXe siècle*, Albin Michel, París, 1994

- [trad. esp.: *Los aldeanos y el sonido de las campanas*, Alianza, Madrid, 2003]. LABELLE, B., *Acoustic Territories: Sound Culture and Everyday Life*, Continuum, Nueva York, 2010. Sobre el «derecho al silencio ambiental» como bien jurídico colectivo, BOUAZZA ARIÑO, O., *Silencio ambiental y derecho al ruido*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, págs. 34-56. (2012), págs. 1-18.
- [303] CHAVES GARCÍA, J.R., «La lucha contra el ruido y el papel de la Administración», *delajusticia.com*, 2021.
- [304] Remisión expresa a la Parte Cuarta, sección VI.1 (silencio y medio ambiente; STEDH López Ostra c. España y STEDH Martínez Martínez c. España) y a la Parte Séptima, sección V (Matia Portilla y el derecho al silencio ambiental como derecho subjetivo tutelado por el art. 8 CEDH). Se evita la reproducción de ese análisis en la presente Parte Novena.
- [305] STC 15/2016, de 1 de febrero (ECLI:ES:TC:2016:15).
- [306] Sobre el derecho al silencio como derivación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, *vid.* la doctrina del TEDH citada *supra*.
- [307] Sobre la jurisprudencia ambiental del TEDH, *vid.* las crónicas periódicas de BOUAZZA ARIÑO, O. en la *Revista de Administración Pública*.
- [308] Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido (BOE núm. 276, de 18 de noviembre de 2003). Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2002, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental (DO L 189, de 18 de julio de 2002).
- [309] Sobre la arquitectura normativa de la Ley 37/2003, *vid.* la doctrina administrativista especializada en planificación acústica.
- [310] Real Decreto 1367/2007, de 19 de octubre, de zonificación acústica, objetivos de calidad y emisiones acústicas (BOE núm. 254, de 23 de octubre de 2007). Real Decreto 1371/2007, de 19 de octubre, sobre requisitos acústicos de las edificaciones (BOE núm. 254, de 23 de octubre de 2007).
- [311] CHAVES GARCÍA, J.R., *op. cit. supra* nota 303.
- [312] STS (Sala 3.ª) de 8 de marzo de 2023 (rec. 431/2021; ECLI:ES:TS:2023:857).
- [313] Arts. 10-12 y 28-30 Ley 37/2003, del Ruido.
- [314] STS (Sala 3.ª) de 14 de enero de 2019 (rec. 1533/2015; ECLI:ES:TS:2019:66). MIR PUIGPELAT, O., *op. cit. supra* nota 273, págs. 267-280.

- [315] Art. 325 CP (LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en la redacción dada por la LO 5/2010, de 22 de junio). Sobre los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, *vid.* los Comentarios al Código Penal español dirigidos por Quintero Olivares (última edición, Aranzadi-Thomson Reuters).
- [316] STS (Sala 2.^a) 499/2004, de 23 de abril (ECLI:ES:TS:2004:2719). Sobre el umbral del ilícito penal frente a la infracción administrativa en materia de ruido, BLANCO LOZANO, C., *La tutela del medio ambiente a través del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 2005, págs. 289-312.
- [317] Art. 326.2 CP (agravación por desobediencia a órdenes de la autoridad). CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 812-820.
- [318] Art. 31 bis CP (responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducido por LO 5/2010). NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Iustel, Madrid, 2008, págs. 195-218.
- [319] Art. 31 bis.2 CP: exención de responsabilidad penal de la persona jurídica cuando ha adoptado antes de la comisión del delito un modelo de organización y gestión que incluya medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.
- [320] Sobre las relaciones de vecindad y las inmisiones, *vid.* la doctrina civilista clásica. Sobre la teoría de las inmisiones en el Derecho romano y la pandectística, JIMÉNEZ HORWITZ, M., *La distinción entre los contratos de arrendamiento de obra y servicios en el Derecho español*, Dykinson, Madrid, 1993, págs. 28-32.
- [321] Art. 1908.2 CC: responsabilidad por humos excesivos, que la jurisprudencia ha extendido a otras inmisiones materiales e inmateriales. STS (Sala 1.^a) de 31 de mayo de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:3628).
- [322] Art. 7.2 LPH (Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, en la redacción dada por la Ley 8/1999). Acción de cesación y privación temporal del uso del elemento privativo. CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C., *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, 5.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 314-342.
- [323] STS (Sala 1.^a) de 2 de noviembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:7126): la privación temporal del uso de hasta tres años del elemento privativo

es una medida de carácter cautelar y sancionador que opera al margen de la indemnización por daños y perjuicios.

- [324] Art. 546-13 Código Civil de Cataluña (Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña). Sobre la regulación catalana de las inmisiones, EGEA FERNÁNDEZ, J., *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Marcial Pons, Madrid, 1994, págs. 78-134.
- [325] Sobre la coherencia sistémica de la protección frente al ruido a través de los tres sectores del ordenamiento, SANZ RUBIALES, I., «La desaparición del silencio positivo de las licencias ambientales», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 11 (2019), págs. 7-32.
- [326] AGUDO, A., «El reto de vivir en silencio», *El País*, 14 de julio de 2013.
- [327] Remisión a la Parte Primera, sección III de este discurso (ESCAVY ZAMORA, R., «Derecho al silencio. Silencio y lenguaje»). El silencio como pausa interna del discurso que organiza y hace comprensible la comunicación.
- [328] CLEMENTE DE DIEGO, F., *op. cit. supra* nota 18. La formulación de cierre recoge la tesis filosófica de la Parte Primera, sección II, llevada a su consecuencia más concreta en el plano del Derecho Ambiental: el silencio como derecho del ser humano a existir en su propia esfera sin ser perturbado.

PARTE DÉCIMA

DE ESCONDRIJOS Y SECRETOS

1. Introducción: cuando el silencio se convierte en secreto

Si el silencio es la ausencia de palabras, el secreto es la ausencia de palabras deliberada, activa y con frecuencia violenta: la supresión de información que alguien tiene interés en ocultar y que otros tienen derecho a conocer. El secreto oficial, la seguridad nacional, la intimidad, el secreto empresarial: todas estas figuras son variaciones sobre el mismo tema, el del poder que se sustrae al conocimiento ajeno para poder ejercerse con mayor libertad o con menor responsabilidad.³²⁹

La pregunta central que esta Parte Décima plantea —la misma que la tradición doctrinal más rigurosa ha formulado con honestidad intelectual sin concesiones— es la de cuánto secreto puede tolerar una democracia. No hay respuesta simple. Hay respuestas matizadas, contextualmente condicionadas, inevitablemente provisionales: el secreto que hoy se justifica por razones de seguridad puede mañana revelarse como el encubrimiento de un abuso; la transparencia que hoy parece exigida por el Estado de Derecho puede mañana poner en peligro vidas que dependían de la confidencialidad. El equilibrio entre el derecho a saber y el derecho a callar, entre la exigencia democrática de transparencia y la necesidad legítima de reserva, es uno de los más difíciles y más permanentes de los desafíos que el Derecho debe afrontar en cada generación.³³⁰

La taxonomía quintuple del secreto jurídico —la segunda aportación teórica central de este discurso, junto a la tricotomía del silencio— organiza el análisis: el secreto de Estado sobre las actuaciones del poder; el secreto de las operaciones de inteligencia; el secreto de las comunicaciones privadas; los

datos personales como esfera de reserva del individuo; y el secreto empresarial como protección de la ventaja competitiva. Cinco territorios distintos con cinco lógicas distintas, pero con el mismo nudo gordiano: dónde termina la reserva legítima y dónde empieza el escondrijo.

2. El poder invisible: el marco filosófico de Norberto Bobbio

Norberto Bobbio —cuya obra *Democracia y secreto* sirve de faro intelectual a esta Parte Décima— identificó con precisión insuperable la tensión constitutiva del problema: el poder, en todas sus formas históricas conocidas, tiende a rodear sus decisiones de misterio.³³¹ No es una patología de ciertos regímenes ni una deformación atribuible a gobernantes de particular mala fe. Es una constante que atraviesa las edades políticas con una regularidad que debería inquietar a cualquiera que piense en serio sobre el gobierno de los hombres.

El poder invisible que Bobbio describe no es el poder clandestino de las teorías conspiratorias. Es algo más sutil y más inquietante: es el poder que existe a plena luz del día, que tiene nombre e instituciones y presupuesto y sede oficial, pero que sustrae sistemáticamente del conocimiento público la parte de su actividad que no resistiría el escrutinio democrático. No es un poder clandestino, sino un poder parcialmente opaco, y esa opacidad parcial es precisamente lo que lo hace difícil de combatir.³³²

Bobbio distingue con precisión analítica dos formas de poder invisible que operan en relación con el Estado, pero en direcciones opuestas. La primera es el poder invisible al interior del Estado: el que las propias instituciones estatales ejercen sustrayendo del conocimiento de los ciudadanos la información que les correspondería conocer. La segunda es el poder invisible contra el Estado: el que actores privados ejercen desde fuera de las instituciones, influyendo en las decisiones del poder público de maneras que los ciudadanos no pueden ver ni controlar.³³³

La experiencia española es la ilustración más precisa de ese poder invisible. Una ley de secretos de Estado diseñada en 1968 para blindar al poder de la dictadura sobrevive en una democracia, no porque nadie haya reparado en su anacronismo —la doctrina lleva décadas señalándolo con unanimidad que no tiene parangón—, sino porque quienes tienen el poder de reformarla tienen también el interés de no hacerlo. Como resumió sin eufemismos un experimentado político al periodista Jesús Rodríguez: «En cuanto llegas a La

Moncloa cambias de opinión y no le hincas el diente a los secretos de Estado». El secreto conviene a quien tiene el poder de reformarlo. La herencia del escondrijo se convirtió en patrimonio bipartidista.

El principio kantiano de publicidad —que Bobbio recupera como criterio normativo fundamental de la democracia— es la respuesta más precisa a esa tentación: una acción de gobierno es legítima si puede ser hecha pública sin que ese acto de publicidad destruya su propia justificación. El secreto que solo puede mantenerse porque su contenido no resistiría el escrutinio democrático es, en esa lógica, constitutivamente ilegítimo.³³⁴

3. Escudo y escondrijo: la distinción que importa

La categoría más útil que el análisis del secreto de Estado genera es la distinción entre el secreto como escudo —la reserva que protege bienes comunes genuinos— y el secreto como escondrijo —la reserva que protege al poder de las consecuencias de sus propios actos.³³⁵

El escudo legítimo tiene tres características que lo identifican. La primera es su carácter instrumental: la reserva se justifica no porque el poder quiera ocultarse, sino porque revelar lo que se oculta comprometería la consecución de un objetivo legítimo —la identidad de un agente infiltrado, las claves criptográficas de las comunicaciones militares, los términos de una negociación diplomática en curso. La segunda característica es su temporalidad: el secreto como escudo dura lo que dura la necesidad que lo justifica. La tercera es la proporcionalidad: la restricción del derecho a saber no puede ser mayor que la que la necesidad exige. La sobreclasificación —clasificar más de lo que la necesidad exige, por comodidad, por rutina o por interés en reducir el escrutinio público— viola el principio de proporcionalidad y desnaturaliza el escudo, acercándolo progresivamente a su forma ilegítima.

El escondrijo ilegítimo es la misma institución —la clasificación— usada no para proteger bienes comunes, sino para blindar al poder de sus propias responsabilidades. Aquí el secreto ya no sirve a los ciudadanos: actúa contra ellos. Les sustrae información que necesitan para juzgar a sus gobernantes. Es el poder que clasifica sus crímenes para que no puedan ser perseguidos. El que destruye los documentos que lo incriminan amparándose en protocolos de seguridad que él mismo ha diseñado.

Enrique Gimbernat Ordeig formuló esta distinción en 1989, en el momento más tenso del caso GAL, con una *reductio ad absurdum* que tiene la

elegancia de las demostraciones matemáticas: si la invocación del secreto de Estado pudiera detener la potestad judicial, campos de exterminio financiados con fondos reservados quedarían impunes. La conclusión es inevitable: la Ley de Secretos Oficiales no puede amparar cualquier clase de secreto, sino única y precisamente aquello que materialmente pueda ser considerado un secreto de Estado de Derecho. Y un secreto de Estado de Derecho no puede ser ni el terrorismo de Estado ni la desviación de fondos públicos.³³⁶

4. La Ley de Secretos Oficiales de 1968: análisis y reforma pendiente

España es el único país de su entorno democrático que sigue rigiéndose, en materia de secretos oficiales, por una ley aprobada bajo una dictadura. La Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre Secretos Oficiales, fue firmada por Francisco Franco y desarrollada reglamentariamente mediante el Decreto 242/1969, firmado por el almirante Carrero Blanco.³³⁷ Apenas retocada en octubre de 1978 para eliminar la cláusula que excluía expresamente el control judicial, esa ley sigue siendo el instrumento fundamental mediante el cual el Estado español gestiona el acceso de los ciudadanos, los parlamentos y los jueces a la información que considera reservada.

La doctrina española ha identificado con notable unanimidad cuatro problemas estructurales de la Ley: la ausencia de plazos automáticos de desclasificación —una materia declarada secreta en 1968 sigue siendo secreta en 2026 si el Consejo de Ministros no la desclasifica expresamente—; la discrecionalidad absoluta del clasificador; la dualidad de órganos competentes —la JUJEM fue disuelta en 1984 sin ser sustituida formalmente—; y la clasificación *ope legis*, llevada al extremo por la Ley 11/2002 del CNI al declarar secreta en bloque toda la actividad del servicio de inteligencia español.³³⁸

El contraste con el entorno internacional es elocuente: Estados Unidos tiene desde 1978 un sistema de desclasificación automática con plazos máximos de veinticinco años; el Reino Unido introdujo la regla de los treinta años para la apertura de archivos gubernamentales; Francia, Alemania, Italia y Portugal han resuelto de una manera u otra el problema de los secretos eternos. España no.³³⁹

Las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997 sobre los papeles del CESID son el hito jurisprudencial fundamental. La Sala Tercera estableció la doctrina que la doctrina llama «híbrida»: los actos de clasificación son actos de dirección política del Gobierno que pueden ser revisados judicial-

mente cuando el legislador ha delimitado esa potestad con criterios judicialmente asequibles. La distinción que todas las sentencias formulan con precisión que no ha sido superada: «la seguridad que la Ley de Secretos Oficiales trata de preservar es la del Estado, y no la de sus autoridades o funcionarios que personalmente puedan resultar relacionados con la causa penal». La LSO no puede convertirse en un escudo para la impunidad de quienes gobiernan el Estado.³⁴⁰

La historia de los intentos de reforma de la LSO es, en muchos aspectos, más reveladora que la propia Ley. Desde el texto que el Gobierno González anunció en 1990 hasta el Anteproyecto de Ley de Información Clasificada que el Gobierno Sánchez aprobó en Consejo de Ministros el 1 de agosto de 2022, todos los intentos de reforma han fracasado.³⁴¹ La proposición del PNV, presentada en la XII Legislatura y vuelve a presentar en la XIII, XIV y XV, vio prorrogado el plazo de enmiendas veinticuatro veces. El bloqueo bipartidista es el mecanismo más eficaz del poder invisible.

El Anteproyecto de Ley de Información Clasificada de 2022 mereció un balance ambivalente: introdujo por primera vez la desclasificación automática por el transcurso del tiempo, codificó el control jurisdiccional y estableció una cláusula de responsabilidad patrimonial que interrumpía la prescripción hasta la desclasificación. Sus debilidades fueron igualmente reales: plazos de hasta sesenta y cinco años, mantenimiento de la clasificación *ope legis*, falta de refuerzo del control parlamentario, y multas de hasta tres millones de euros para quien publicara documentos clasificados. El texto nunca llegó a las Cortes. Y cuando un ciudadano solicitó al Consejo de Transparencia el acceso al dictamen del Consejo de Estado sobre el propio Anteproyecto, el Ministerio de la Presidencia denegó el acceso alegando que se trataba de información «en curso de elaboración». El órgano que había redactado la norma destinada a acabar con el secreto franquista usó el secreto para ocultar la evaluación de esa misma norma. La circularidad era perfecta.³⁴²

5. El Centro Nacional de Inteligencia y el caso Pegasus

La Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, creó el CNI como organismo adscrito al Ministerio de Defensa. Su artículo quinto convierte al CNI en la institución más opaca del Estado democrático español: toda la actividad del CNI, sin excepción, constituye información clasificada con el grado de secreto. La Ley Orgánica 2/2002, re-

guladora del control judicial previo del CNI, fue aprobada simultáneamente como su contrapeso institucional: para las actividades del CNI que afectan a derechos fundamentales la Ley exige una autorización previa del magistrado del Tribunal Supremo designado específicamente para esa función.³⁴³

El caso Pegasus es el episodio más significativo de la historia reciente del secreto de Estado en España. En abril de 2022, el *Citizen Lab* de la Universidad de Toronto publicó el informe *Catalangate*, que documentaba el uso del programa espía Pegasus contra al menos sesenta y cinco personas vinculadas al movimiento independentista catalán entre 2017 y 2020.³⁴⁴ El Gobierno admitió en mayo de 2022 que el CNI había espiado a dieciocho de esas personas «con autorización judicial». Era la primera vez que el Gobierno español reconocía públicamente operaciones de vigilancia del CNI sobre ciudadanos específicos.

Lo que el caso Pegasus reveló fue que el sistema de control judicial previo tiene límites estructurales que la Ley no había previsto: el magistrado autoriza *ex ante* pero no supervisa *ex post*; el procedimiento es enteramente secreto; los afectados no son notificados; no existe recurso efectivo para quien ha sido objeto de vigilancia. Los ciudadanos que fueron objeto de vigilancia no supieron que lo eran. Solo cuando el *Citizen Lab* publicó su informe pudieron los afectados saber que habían sido espiados. Es difícil sostener que ese sistema cumple los estándares que el TEDH ha establecido para la vigilancia compatible con el artículo 8 CEDH.³⁴⁵

La comparecencia de la directora del CNI, Esperanza Casteleiro, ante el Parlamento Europeo el 29 de noviembre de 2022 concentró en una sola frase el estado real del sistema: «El CNI es la única institución que tiene una comisión parlamentaria para dar cuenta de sus actividades y solo ante ella puedo hacerlo». Veintiocho preguntas de eurodiputados; una sola respuesta, pronunciada en distintas formulaciones pero con idéntico contenido. El silencio del poder como postura institucional.

Los fondos reservados son la dimensión económica del secreto de inteligencia. La Ley 11/1995 los define y clasifica como secretos toda su información. El caso GAL demostró que fondos reservados del Ministerio del Interior habían sido usados para financiar el Grupo Antiterrorista de Liberación. El caso Villarejo —el comisario de policía condenado por la Audiencia Nacional, en sentencia de apelación de 2025 firme, a trece años de prisión— es la manifestación más visible de un sistema en que los instrumentos de los servicios de información pueden ser privatizados y puestos al servicio de intereses particulares cuando los controles fallan.³⁴⁶

6. El silencio represivo: la Ley de 1 de marzo de 1940 sobre represión de la masonería y el comunismo

La historia jurídica española ofrece un caso paradigmático de cómo el Estado puede instrumentalizar el silencio como mecanismo de represión y control total. La Ley de 1 de marzo de 1940, dictada en los primeros meses del régimen franquista, constituye un ejemplo extremo del “poder invisible” en su forma más perversa: no ya el secreto del Estado, sino el silencio forzado del ciudadano como herramienta de represión política.

La estructura de esta Ley revela una lógica jurídica perversa respecto al silencio: en primer lugar, declara delito la pertenencia a la masonería y el comunismo (Art. 1º). Pero no se detiene ahí. El Art. 4º amplía la incriminación a “todos los que han ingresado en la masonería y no han sido expulsados o no se han dado de baja de la misma o no han roto explícitamente toda relación con ella”. Crucialmente, añade: “no dejan de serlo aquéllos a quienes la secta ha concedido su autorización, anuencia o conformidad, bajo cualquier forma o expediente, para aparentar alejamiento de la misma”. Es decir: incluso el silencio fingido, la falsa apariencia de ruptura, constituye evidencia de pertenencia.

Pero la represión del silencio alcanza su apex en los Arts. 7º y 9º. El Art. 7º obliga a “toda persona que hubiera pertenecido a la masonería o al comunismo” a “formular ante el Gobierno una declaración retractación en el plazo de dos meses”. El silencio frente a esta obligación de declaración—el negarse a romper el silencio sobre el propio pasado—es automáticamente criminalizado por el Art. 9º: “Si no presentasen la declaración retractación... quedarán sujetos a las sanciones previstas en el artículo quinto, sin que puedan beneficiarse de las excusas absolutorias”.

Esta construcción jurídica crea un “bucle del silencio” de perversidad extraordinaria: el Estado prohíbe una organización (silenciándola forzosamente), luego impone la obligación de confesar haber pertenecido a esa organización silenciada, y finalmente criminaliza el silencio sobre esa pertenencia. El ciudadano no puede guardar silencio sobre su pasado, pero tampoco podía haberlo guardado cuando la organización existía legalmente. Es decir: la represión opera retroactivamente, convirtiendo el silencio pretérito en delito presente.

Aún más: el Art. 8º establece sanciones devastadoras para quien no rompa su silencio: “separadas definitivamente de cualquier cargo del Estado, Corporaciones públicas u oficiales, entidades subvencionadas y empresas concesio-

narias... decretándose, además, su inhabilitación perpetua para los referidos empleos y su confinamiento o expulsión”. El silencio se castiga no solo penalmente (reclusión menor del Art. 5º), sino administrativamente con inhabilitación perpetua.

Lo particularmente insidioso es que la Ley crea una presunción invertida de culpabilidad mediante el silencio: si no declaras, eres culpable; si declaras falsamente, eres culpable; si declaras ocultando información, eres culpable (Art. 9º: “facilitasen datos falsos u ocultasen aquellos otros que, conocidos por el interesado, tuviese éste obligación de declarar”). El silencio, en cualquiera de sus formas—silencio absoluto, silencio parcial, silencio estratégico—deviene delito.

Esta represión del silencio ejemplifica la tesis bobbiana del secreto como instrumento de poder: aquí, empero, no es el secreto del Estado lo represivo, sino la imposición de romper el silencio ciudadano. El régimen franquista, en esta Ley, se apropió del monopolio del silencio: solo el Estado podía mantener secretos (sobre represión, sobre crímenes); solo el ciudadano estaba obligado a hablar, a confesar, a romper toda reserva sobre su pasado político. La asimetría es total: poder invisible del Estado versus transparencia forzada del ciudadano.

Jurídicamente, esta Ley representa el extremo opuesto al principio *nulla dies sine linea*: aquí opera *nulla silentium sine culpa* —ningún silencio sin culpa. Es una negación absoluta del derecho al silencio, del derecho a no incriminarse (que la jurisprudencia moderna ha reconocido como aspecto del derecho a la defensa), y del derecho a la privacidad sobre la propia historia personal.

La Ley de 1940, en suma, demuestra cómo el silencio, lejos de ser un espacio de libertad, puede convertirse en arma de represión estatal cuando ese silencio es criminalizado. Su contrario jurídico es precisamente lo que postula el Art. 2:204 PECL: que el silencio ordinario no vincula. Pero la Ley de 1940 invierte la lógica: aquí el silencio no solo vincula, sino que incrimina. Es un caso histórico español de máxima degradación jurídica del silencio como categoría normativa.

7. El secreto de las comunicaciones y la protección de datos

La intimidad del ciudadano frente al Estado y frente a terceros —el cuarto tipo de la quintología— es la inversión perfecta del secreto de Estado: no el

poder que oculta sus actuaciones a los ciudadanos sino el ciudadano que tiene derecho a que sus propias actuaciones permanezcan ocultas al poder y a terceros.

El artículo 18 de la Constitución Española agrupa cuatro derechos que, aunque relacionados, tienen objetos y regímenes jurídicos parcialmente distintos. El apartado primero garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. El apartado segundo garantiza la inviolabilidad del domicilio. El apartado tercero garantiza el secreto de las comunicaciones. Y el apartado cuarto establece que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad: es la cláusula de apertura hacia la dimensión digital del derecho.³⁴⁷

La Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD), adaptó el ordenamiento español al Reglamento General de Protección de Datos europeo —el RGPD o Reglamento 2016/679—. Los derechos que el RGPD reconoce al titular son amplios: acceso, rectificación, supresión —el «derecho al olvido»—, oposición, limitación del tratamiento y portabilidad.³⁴⁸ El «derecho al olvido» fue establecido en el ordenamiento europeo por la sentencia del TJUE en el caso Google Spain de 2014.³⁴⁹

La tensión entre el secreto de las comunicaciones y la seguridad nacional se manifestó en el caso Pegasus con una crudeza que ningún texto académico podría igualar. La jurisprudencia del TEDH ha establecido los requisitos para que la vigilancia estatal sea compatible con el artículo 8 CEDH: la tríada de legalidad, finalidad legítima y necesidad en una sociedad democrática. El caso Klass v. Alemania (1978) reconoció que la vigilancia puede ser compatible con el Convenio cuando está rodeada de garantías adecuadas. El caso Malone v. Reino Unido (1984) añadió el requisito de la base legal precisa. El caso Rotaru v. Rumanía (2000) amplió el análisis a los archivos de inteligencia.³⁵⁰

La colisión entre el secreto del Estado y el secreto del individuo es una de las tensiones más reveladoras y menos resueltas de la democracia contemporánea. El Estado que usa el secreto para sustraerse al control de sus ciudadanos acaba siendo también más vulnerable al poder invisible que opera desde fuera: el funcionario que actúa en la sombra institucional, que no rinde cuentas ante ningún control externo, es también el más expuesto a ser capturado por intereses ajenos al interés público.

8. El secreto empresarial: cuando el Derecho privado resuelve lo que el público no puede

El secreto empresarial —el quinto tipo de la quintología— es la expresión más desarrollada y más sistemáticamente regulada del secreto en el ámbito privado. Su fundamento no es la razón de Estado, sino lo que podríamos llamar la razón de empresa: la ventaja competitiva que proporciona el conocimiento exclusivo de cierta información en un mercado donde los demás actores no la poseen.³⁵¹

La Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales —que transpone la Directiva (UE) 2016/943— proporciona por primera vez en España una definición legal precisa del secreto empresarial y un régimen específico para su protección.³⁵² El secreto empresarial queda definido por tres requisitos acumulativos: el carácter secreto de la información —no generalmente conocida ni fácilmente accesible para quienes operan en el sector—; el valor empresarial —efectivo o potencial— que deriva de ese carácter secreto; y las medidas razonables que el titular ha adoptado para mantenerlo en secreto.

El tercer requisito es el de mayor importancia práctica en la litigación: las medidas razonables de protección incluyen los acuerdos de confidencialidad con los empleados y colaboradores, el control de accesos a los sistemas de información, la clasificación y marcado de documentos y las políticas de seguridad informática. La empresa que no puede acreditar ninguna medida de protección difícilmente convencerá a un tribunal de que su información merecía protección.

El Código Penal tipifica los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de empresa en los artículos 278 a 280. El artículo 278 sanciona el apoderamiento de datos o documentos que se refieran al secreto de empresa. El artículo 279 castiga a quien, conociendo su carácter reservado y sin estar autorizado, divulga, revela o cede a terceros secretos de empresa: el tipo que con más frecuencia se actualiza en el contexto laboral, cuando el empleado que cesa en su relación lleva consigo información confidencial y la usa en beneficio de un competidor.³⁵³

La aportación más relevante de la Ley 1/2019 para la teoría general del secreto es la solución que introduce a la paradoja procesal que el secreto empresarial plantea: para defender judicialmente el secreto, el titular tiene que revelar ante el tribunal en qué consiste, lo que puede destruir la confidencialidad que se pretende proteger. La declaración de confidencialidad judicial

del artículo 11 LSE, que impone a todos los intervinientes en el proceso una obligación de reserva que persiste después de finalizado el procedimiento, y la restricción del acceso mediante versiones expurgadas de las resoluciones, son el equivalente funcional de los mecanismos que el Anteproyecto de 2022 pretendía introducir para el secreto de Estado. La analogía es deliberada y productiva: la solución que el derecho privado implementó sin resistencia política es la que el derecho público lleva décadas siendo incapaz de aprobar.³⁵⁴

9. La quintología del secreto jurídico: síntesis y tensiones sistémicas

La taxonomía quintuple del secreto jurídico puede enunciarse con la precisión que el recorrido realizado en esta Parte Décima permite:

El primer tipo es el secreto de Estado, que protege las actuaciones del poder ejecutivo en materia de defensa, seguridad exterior y orden constitucional. Su justificación es la razón de Estado; su límite, el principio kantiano de publicidad; su control, la combinación de plazos automáticos de desclasificación, control judicial efectivo y rendición de cuentas parlamentaria real.

El segundo tipo es el secreto de inteligencia, que cubre las operaciones de los servicios de información del Estado. Su fundamento es la protección de las fuentes y métodos que permiten al Estado detectar amenazas. Su límite es el que la LO 2/2002 intentó establecer: la autorización judicial previa para las actuaciones que afectan a derechos fundamentales.

El tercer tipo es el secreto de las comunicaciones, reconocido en el artículo 18.3 CE y protegido por la garantía jurisdiccional de intervención previa. Su lógica es inversa a las dos anteriores: aquí el secreto protege al ciudadano frente al poder.

El cuarto tipo es la protección de datos personales, configurada por el RGPD y la LOPDGDD como el conjunto de derechos que el individuo tiene sobre la información que le concierne. Es el derecho a la autodeterminación informativa del individuo en la sociedad digital.

El quinto tipo es el secreto empresarial, protegido por la Ley 1/2019, cuya lógica es la de la protección de la ventaja competitiva legítimamente generada mediante esfuerzo e inversión.³⁵⁵

Las doce tensiones sistémicas que este discurso ha identificado en el conjunto del análisis del silencio y el secreto tienen en esta Parte Décima sus seis casos más complejos: la tensión entre el secreto de Estado y el control parlamentario; la tensión entre el secreto de inteligencia y el derecho a la vida pri-

vada de los ciudadanos vigilados; la tensión entre la transparencia democrática y la eficacia operativa de los servicios; la tensión entre el derecho al olvido y la inmutabilidad de la *blockchain* —analizada en la Parte Segunda—; la tensión entre la protección de datos y las exigencias de la seguridad nacional; y la tensión entre el secreto empresarial y el derecho de los trabajadores a conocer los términos reales de su relación laboral.

Ninguna de estas tensiones tiene solución definitiva. Todas tienen soluciones institucionales más o menos adecuadas que las democracias maduras han ido elaborando a lo largo de décadas. Y todas esperan todavía, en el ordenamiento jurídico español, las reformas que permitirían resolverlas de manera que el secreto sirviera a la democracia en lugar de negarla.³⁵⁶

La solución que las democracias maduras han encontrado combina tres elementos: plazos automáticos de desclasificación que impidan el secreto eterno; control judicial efectivo que verifique que las clasificaciones se ajustan a los criterios legales; y rendición de cuentas parlamentaria real que permita a los representantes supervisar lo que no pueden publicar. El problema español no es filosófico: el consenso doctrinal sobre la necesidad de esos tres elementos es absolutamente unánime. El problema es estrictamente político: los instrumentos existen, su necesidad es reconocida incluso por quienes los bloquean, y sin embargo la reforma lleva más de medio siglo sin materializarse. La explicación última de esa parálisis es la que el propio Bobbio señala como la raíz de todos los problemas del poder invisible: la democracia no elimina la tendencia del poder a ocultarse. Solo puede construir las instituciones que la resistan.

NOTAS

- [329] BOBBIO, N., *Democracia y secreto*, ed. de M. Bovero, trad. esp., FCE, México, 2013 [original italiano: 2011]. BOBBIO, N., *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Turín, 1984 [trad. esp.: *El futuro de la democracia*, FCE, México, 1986].
- [330] Sobre la pregunta de cuánto secreto puede tolerar una democracia, vid. la literatura especializada en inteligencia y democracia, incluyendo los trabajos de R.J. Aldrich. En la doctrina española, MIRANDA LOPEZ, LUIS MANUEL, «Secretos de Estado y transparencia. La difícil convivencia entre el Poder y el Derecho», Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2025).

- [331] BOBBIO, N., *Democracia y secreto*, cit. *supra* nota 329, págs. 7-24.
- [332] BOBBIO, N., *Democracia y secreto*, cit. *supra* nota 329, págs. 27-40. La categoría del «poder invisible» fue elaborada también en BOBBIO, N., «La democracia y el poder invisible», en *El futuro de la democracia*, cit. *supra* nota 329, cap. I.
- [333] BOBBIO, N., *Democracia y secreto*, cit. *supra* nota 329, págs. 45-68. Sobre el poder invisible contra el Estado: el caso Villarejo, *vid.* RODRÍGUEZ, J., «Los archivos secretos del comisario», *El País Semanal*, de 14 de abril de 2018.
- [334] KANT, I., *La paz perpetua* 1795, apéndice II, «Del acuerdo entre la política y la moral según el concepto trascendental del Derecho público», en Ak. VIII, págs. 381-386, trad. esp. de J. Abellán, Tecnos, Madrid, 1985.
- [335] La distinción escudo-escondrijo, formulada específicamente para este discurso, es una elaboración del análisis de Bobbio sobre el secreto legítimo frente al ilegítimo.
- [336] GIMBERNAT ORDEIG, E., «El secreto de Estado y los GAL», *El País*, 28 de octubre de 1989. Las tres sentencias del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 4 de abril de 1997 sobre los papeles del CESID (ECLI:ES:TS:1997:2348, 2349 y 2350).
- [337] Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre Secretos Oficiales (BOE núm. 84, de 6 de abril de 1968). Decreto 242/1969, de 20 de febrero, por el que se desarrolla la Ley de Secretos Oficiales (BOE núm. 50, de 27 de febrero de 1969).
- [338] Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia (BOE núm. 109, de 7 de mayo de 2002), art. 5.1. ALONSO DE ANTONIO, J.A., *El centro nacional de inteligencia. Análisis jurídico-constitucional*, Colex, Madrid, 2005.
- [339] Sobre la clasificación comparada de la información gubernamental, *vid.* la literatura especializada en transparencia y seguridad nacional.
- [340] STS (Sala Tercera) de 4 de abril de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:2348). Dictamen del Consejo de Estado núm. 2716/1996, de 18 de julio.
- [341] Sobre los intentos de reforma de la Ley de Secretos Oficiales de 1968, *vid.* la doctrina especializada en Derecho de la Inteligencia y el debate parlamentario de los distintos anteproyectos.
- [342] Anteproyecto de Ley de Información Clasificada, aprobado por el Consejo de Ministros el 1 de agosto de 2022. RESOLUCIÓN del Consejo

- de Transparencia y Buen Gobierno sobre la solicitud de acceso al Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de PLIC (2023).
- [343] Ley 11/2002, *cit. supra* nota 338. LO 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia (BOE núm. 109, de 7 de mayo de 2002). Ley 11/1995, de 11 de mayo, reguladora de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados (BOE núm. 112, de 11 de mayo de 1995).
- [344] CITIZEN LAB, *Catalangate: Extensive Mercenary Spyware Operation against Catalans Using Pegasus and Candiru*, informe de 18 de abril de 2022, disponible en citizenlab.ca.
- [345] TEDH, Klass c. Alemania, de 6 de septiembre de 1978, núm. 5029/71. TEDH, Malone c. Reino Unido, de 2 de agosto de 1984, núm. 8691/79. TEDH, Rotaru c. Rumanía, de 4 de mayo de 2000, núm. 28341/95.
- [346] Sentencia de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional núm. 27/2025, de 17 de septiembre (ECLI:ES:AN:2025:4047; rec. 7/2025), ponente Ilmo. Sr. Velasco Núñez. Sobre los gastos reservados y el caso GAL, VIDAL SALES, J.A., *El terrorismo de Estado. El caso GAL*, Flor del Viento, Barcelona, 1998.
- [347] Art. 18 CE. LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982). REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, 2.^a ed., Dykinson, Madrid, 2005.
- [348] LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018). Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 (RGPD), DO L 119, de 4 de mayo de 2016.
- [349] STJUE (Gran Sala) Google Spain SL y Google Inc. c. AEPD y Costeja González, C-131/12, de 13 de mayo de 2014 (ECLI:EU:C:2014:317). TRONCOSO REIGADA, A., *La protección de datos personales*. En busca del equilibrio, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- [350] TEDH, Klass c. Alemania, *cit. supra* nota 345; Malone c. Reino Unido, *cit. supra* nota 345; Rotaru c. Rumanía, *cit. supra* nota 345. Sobre el caso Chahal c. Reino Unido (TEDH, 15 de noviembre de 1996, núm. 22414/93) y la creación del sistema de Special Advocates, BOWERS, J., «The Special Advocate System», *Public Law* (2007), págs. 717-738.

- [351] Sobre el secreto empresarial como ventaja competitiva, PORTELLANO DÍEZ, P., *La divulgación de secretos empresariales por los empleados*, Civitas, Madrid, 2015, págs. 34-56.
- [352] Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales (BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2019). Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, DO L 157, de 15 de junio de 2016.
- [353] Arts. 278-280 CP (LO 10/1995, en la redacción dada por la LO 5/2010). MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 6.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 334-358.
- [354] LSE, art. 11 (declaración de confidencialidad judicial).
- [355] La taxonomía quintuple del secreto jurídico fue formulada en la Introducción General de este discurso. Su desarrollo sectorial a lo largo de las Partes Segunda a Décima es la verificación empírica de su utilidad como herramienta de análisis transversal.
- [356] Sobre las seis tensiones sistémicas de la Parte Décima en el contexto de las doce tensiones generales del discurso, *vid. infra* Parte Duodécima, sección II, y Parte Decimotercera, sección I.

PARTE UNDÉCIMA

EL SILENCIO EN LA ERA DE LA ALGORITMOCRACIA: LA CAJA NEGRA Y LOS NEURODERECHOS

1. La nueva frontera del silencio jurídicamente relevante

Las diez Partes anteriores de este discurso han cartografiado el silencio en sus manifestaciones clásicas: el silencio del contratante, del imputado, de la Administración, del Estado que no protesta, del poder que clasifica. Todas ellas tienen en común que el silencio es, en última instancia, el silencio de una persona: de alguien que decide —o es obligado— a no decir algo. La Parte Undécima se ocupa de una categoría radicalmente nueva que el siglo XXI ha introducido en el ordenamiento jurídico y que los sistemas normativos no han asimilado con la rapidez que la realidad exige: el silencio del algoritmo, el silencio de los datos y el silencio del pensamiento amenazado por la neurotecnología.³⁵⁷

Si el silencio administrativo era, en palabras de Sainz de Robles, el «escándalo del Estado de Derecho», el silencio algorítmico es algo más insidioso: es la respuesta presente pero ininteligible, la decisión que se pronuncia pero no se explica, el acto que existe pero cuyas razones permanecen en la opacidad del código. Y el derecho a la intimidad mental —el último reducto de la libertad individual— se enfrenta hoy a una amenaza sin precedentes históricos: la posibilidad técnica de extraer pensamientos directamente de las neuronas, convirtiendo el silencio del investigado en una ficción que la tecnología puede destruir.

El concepto de “algoritmocracia” —empleado por Falla-Carrillo para designar la transformación de la institución universitaria en un espacio regido

por la lógica de los algoritmos— tiene un alcance que este discurso extiende al conjunto del aparato administrativo del Estado: la Administración que delega sus decisiones en sistemas de IA sin control efectivo sobre su razonamiento no ha modernizado su funcionamiento; ha inaugurado una nueva forma de poder invisible, en el sentido de Bobbio, que escapa tanto al ciudadano como, frecuentemente, al propio funcionario que firma.^{357b}

Dos coordenadas filosóficas iluminan la especificidad de este silencio digital. La primera es la que Reinhart Koselleck formuló al diagnosticar la modernidad como una «pandemia de la prisa» —*Gegenwartsschrumpfung*, encogimiento del presente— en que la aceleración tecnológica comprime el tiempo de la reflexión hasta hacerlo desaparecer: la IA, al procesar datos a velocidades sin precedentes y automatizar decisiones en tiempo real, lleva esa aceleración a su clímax y reduce el espacio de deliberación a un tránsito perennemente huero.^{357c} La segunda coordenada es la que Paul Virilio expresó en su concepto de «accidente original»: cada invención lleva inscrita su propia catástrofe, tanto más grave cuanto más poderosa es la invención. La IA que promete motivación y eficiencia lleva inscrito el accidente de la opacidad y la arbitrariedad algorítmica; la IA que promete seguridad lleva inscrito el accidente de la vigilancia total.^{357d}

La dimensión digital del silencio y el secreto no es un capítulo separado del análisis desarrollado en las Partes anteriores: es su continuación necesaria y su proyección más radical. La tricotomía del silencio y la quintología del secreto que este discurso ha propuesto como herramientas analíticas encuentran aquí sus formas más extremas y más urgentes de verificación.

2. El silencio del algoritmo: la quiebra de la motivación

2.1. *La «caja negra» como silencio de segundo grado*

En 2026, la Administración pública española delega un número creciente de decisiones —la concesión de ayudas, la valoración de solicitudes, la determinación de riesgos— en sistemas de inteligencia artificial cuya lógica interna no es transparente ni para el ciudadano afectado ni, en muchos casos, para el propio funcionario que firma la resolución. Estamos ante lo que este discurso denomina silencio de segundo grado: la máquina dicta un acto, pero calla sus razones.³⁵⁸

El silencio de primer grado —la Administración que no responde— fue el objeto de la Parte Cuarta de este discurso. El silencio de segundo grado es, en

algún sentido, peor: la Administración responde, pero la respuesta es opaca. No hay ausencia de acto sino ausencia de comprensión del acto. El ciudadano recibe una resolución denegatoria sin poder saber por qué el algoritmo adoptó esa decisión, qué variables ponderó, qué datos de su historial determinaron el resultado. La resolución existe; la motivación, en sentido sustantivo, ha desaparecido.

El artículo 35 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común —antiguo artículo 54 de la Ley 30/1992— exige que los actos administrativos sean motivados cuando afecten a derechos o intereses de los administrados. El Reglamento (UE) 2024/1689, de Inteligencia Artificial, establece requisitos de transparencia para los sistemas de IA de alto riesgo en el contexto administrativo. Pero la intersección entre el deber de motivación y la opacidad algorítmica genera una tensión que ni la LPACAP ni el Reglamento de IA resuelven satisfactoriamente: ¿qué ocurre cuando la motivación que el acto contiene es una transcripción del *output* del algoritmo sin explicación de los factores que determinaron ese *output*?³⁵⁹

La respuesta jurídica correcta no puede ser otra que la nulidad de pleno derecho. Un acto cuyo «porqué» permanece en el silencio del código vulnera el deber de motivación en su dimensión constitucional —el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE exige que el ciudadano pueda conocer las razones de la decisión para poder impugnarla— y en su dimensión del Estado de Derecho: la interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 CE no puede satisfacerse con la alegación de que «el algoritmo así lo ha determinado». La propuesta P.18 de este discurso —que se añade al catálogo de la Parte Duodécima— plantea la reforma del artículo 35 LPACAP para establecer expresamente que la utilización de sistemas de IA en la adopción de decisiones administrativas no exonera del deber de motivación inteligible y que la mera transcripción del *output* algorítmico no satisface ese deber.³⁶⁰

La dimensión más profunda de este problema no es procedimental sino filosófica, y fue diagnosticada por Max Weber al describir la «jaula de hierro» de la racionalización instrumental: el proceso histórico por el que las creencias tradicionales son reemplazadas por reglas basadas en la lógica y la eficiencia hasta encerrar al individuo en un aparato de normas predecibles e impersonales que reduce su autonomía a la mínima expresión. Jakob Mökander y Ralph Schroeder han demostrado que la IA no es una ruptura con ese proceso sino su «continuación e intensificación»: cuando los sistemas de IA no solo automatizan tareas rutinarias sino que «informan y optimizan políticas» y «mol-

dean actitudes y preferencias» mediante experimentos a gran escala en tiempo real, la jaula de hierro weberiana se cierra definitivamente sobre el ciudadano, que ya no puede ni siquiera identificar los barros porque están escritos en código.^{360b}

La hermenéutica gadameriana proporciona la única respuesta institucional a la altura del problema. Gadamer entiende la hermenéutica no solo como método, sino como *techne*: el arte de anunciar, traducir, explicar e interpretar lo que cuyo sentido es ambiguo. Los algoritmos son, en este sentido, «discursos extraños» —en la expresión del propio Gadamer— que requieren explicación para desvelar su *hyponoia*, su sentido profundo. La universidad, las instituciones públicas y el propio operador jurídico tienen la obligación de aplicar lo que Gadamer llamó «hermenéutica de la sospecha»: desvelar lo que el símbolo quiere ocultar y enmascarar, identificar los sesgos, las intenciones ocultas y las lógicas de poder incrustadas en el código y en los datos de entrenamiento. Cuando la Administración delega en un algoritmo sin someter ese algoritmo al escrutinio hermenéutico que su posición de poder exige, incurre en la misma arbitrariedad que el funcionario que resuelve sin motivar: el silencio del código es la nueva forma de silencio administrativo ilegítimo.^{360c}

2.2. *El sesgo oculto como silencio sobre la discriminación*

La caja negra no solo silencia las razones del acto: también puede silenciar la discriminación que lo sustenta. Los sistemas de IA entrenados sobre datos históricos reproducen y amplifican los sesgos de la realidad que esos datos reflejan. Un algoritmo que aprende sobre expedientes de solicitudes de ayudas sociales concedidas en el pasado aprende también los sesgos de género, de origen y de clase que determinaron cuáles solicitudes fueron estimadas y cuáles denegadas. El silencio del algoritmo sobre el sesgo es una forma de discriminación estructural que el Derecho antidiscriminatorio no estaba diseñado para detectar.

El artículo 22 del RGPD reconoce el derecho a no ser objeto de decisiones basadas exclusivamente en el tratamiento automatizado. La Ley Orgánica 3/2018 lo desarrolla en el ordenamiento español. Pero la jurisprudencia española sobre discriminación algorítmica es todavía escasa, y el TJUE no ha producido aún la doctrina sistemática que la STJUE Schrems II generó en materia de transferencias internacionales de datos. Este es uno de los espacios en que el silencio del legislador —en este caso del legislador europeo— tiene

el coste mayor: mientras no existe una doctrina clara sobre la prueba del sesgo algorítmico, el ciudadano discriminado por un algoritmo no dispone de los instrumentos procesales necesarios para acreditar la discriminación.³⁶¹

3. El derecho al silencio de datos: la resistencia a la datificación

3.1. *El derecho a la no-datificación como nueva categoría*

La doctrina del derecho al olvido —establecida en el ordenamiento europeo por la STJUE Google Spain (2014) y codificada en el artículo 17 del RGPD— ha avanzado el principio de que los datos personales no son permanentes: el individuo tiene derecho a que ciertos datos sean suprimidos cuando su tratamiento ya no es necesario o cuando se opone a él. Pero el derecho al olvido presupone que los datos ya existen: es un derecho reactivo, ejercido sobre datos que ya han sido recogidos y tratados.

La nueva frontera es el derecho a la no-datificación: el derecho originario a que ciertos aspectos de la propia existencia no sean reducidos a variables predictivas, no sean recogidos en primer lugar, no entren en el sistema.³⁶² No es solo el derecho a borrar lo que se sabe: es el derecho a que no se sepa. El individuo tiene derecho a una opacidad biográfica —un núcleo de existencia que, por definición y por imperativo jurídico, no puede ser objeto de recogida, almacenamiento ni tratamiento algorítmico.

Este derecho no tiene todavía reconocimiento explícito en el RGPD. El Comité Europeo de Protección de Datos ha señalado que el principio de minimización de datos del artículo 5.1.c) del RGPD apunta en esa dirección, pero no lo desarrolla como un derecho subjetivo exigible. La propuesta P.19 de este discurso plantea la incorporación del derecho a la no-datificación como categoría autónoma en la reforma del RGPD actualmente en discusión, con reconocimiento específico para aquellas categorías de datos cuya recogida sistémica es especialmente lesiva para la autonomía de la persona: datos de comportamiento predictivo, datos de salud mental inferidos de patrones de conducta digital y datos de filiación ideológica o religiosa derivados de algoritmos de segmentación.

3.2. *La colisión entre el derecho al olvido y la blockchain*

La décima tensión sistémica de este discurso —identificada en la Parte Segunda y desarrollada en la Parte Undécima— es la que se produce entre el

derecho al olvido del artículo 17 del RGPD y la inmutabilidad técnica de la *blockchain*. Un registro distribuido basado en tecnología de cadena de bloques es, por diseño, inalterable: los datos inscritos no pueden ser modificados ni suprimidos sin comprometer la integridad de toda la cadena. La memoria perfecta e inalterable que la *blockchain* garantiza es la negación técnica del derecho al olvido: la memoria total que el Derecho de protección de datos ha intentado limitar precisamente porque es incompatible con el libre desarrollo de la personalidad.³⁶³

La STJUE Leuschner c. *Bundesamt für Justiz* (2025) abordó por primera vez directamente esta tensión, declarando que la inscripción de datos personales en registros basados en *blockchain* no exime del cumplimiento de los derechos del RGPD y que el responsable del tratamiento debe implementar soluciones técnicas —cifrado, *hashing*, separación de datos identificativos y datos de la cadena— que permitan hacer efectivo el derecho de supresión sin comprometer la integridad del registro. La sentencia es un avance, pero deja sin resolver el problema central: cuando los datos están *on-chain* sin posibilidad técnica de supresión, el derecho al olvido es, en la práctica, un derecho sin remedio efectivo.³⁶⁴

4. El *nemo tenetur* frente a la neurotecnología: el silencio mental como último refugio

4.1. La amenaza de las interfaces cerebro-computadora al derecho al silencio

Las interfaces cerebro-computadora —tecnologías que permiten la comunicación directa entre el sistema nervioso central y dispositivos digitales externos— han avanzado en la última década a un ritmo que supera con creces la capacidad del Derecho para regularlas. Las aplicaciones terapéuticas son innegables y bienvenidas: la posibilidad de restaurar la comunicación a personas con parálisis severa, de controlar prótesis mediante el pensamiento, de tratar formas graves de depresión refractaria. Pero las mismas tecnologías que permiten estas aplicaciones terapéuticas permiten también algo cualitativamente distinto: la lectura de estados mentales, de intenciones, de recuerdos, de información que el individuo no ha decidido comunicar.³⁶⁵

La teoría de los tres mundos de Karl Popper proporciona un marco conceptual que ilumina la singularidad de esta amenaza. Popper distinguía el mundo 1 —los objetos físicos—, el mundo 2 —las experiencias subjetivas

y mentales— y el mundo 3 —los contenidos objetivos del pensamiento, las teorías, los conocimientos. La IA opera en la intersección del mundo 1 y el mundo 3, procesando datos físicos para producir conocimiento objetivo; pero su relación con el mundo 2 —la experiencia subjetiva, el pensamiento que aún no ha decidido comunicarse— es cualitativamente distinta: las interfaces cerebro-computadora amenazan con penetrar en el mundo 2 sin el consentimiento de quien lo habita. El *nemo tenetur* es, en esta lectura, la garantía jurídica de que el mundo 2 permanece impenetrable sin la voluntad de su titular. Las interfaces cognitivas invasivas son la negación técnica de esa garantía.^{365b}

El derecho al silencio del imputado —el *nemo tenetur se ipsum accusare* que este discurso ha analizado en su Parte Tercera como la conquista más importante del constitucionalismo liberal en el campo procesal— presupone que existe una frontera entre el interior del individuo y el mundo exterior que solo el individuo puede cruzar voluntariamente. Si la tecnología permite al Estado cruzar esa frontera sin el consentimiento del individuo, el derecho al silencio deja de ser un derecho: se convierte en una garantía formal que la técnica ha vaciado de contenido. Si permitimos que el Estado «extraiga» la verdad directamente de las neuronas, ya no estará solo esposado por fuera: estará también esposado por dentro.³⁶⁶

4.2. *El marco jurídico existente y sus insuficiencias*

El artículo 24.2 de la Constitución española garantiza el derecho a no declarar contra sí mismo. El artículo 15 CE garantiza el derecho a la integridad física y moral. El artículo 18.1 CE garantiza el derecho a la intimidad personal. Ninguno de estos preceptos menciona expresamente la protección del pensamiento frente a la extracción tecnológica involuntaria, porque en 1978 esa posibilidad era ciencia ficción.³⁶⁷

La doctrina ha comenzado a desarrollar el concepto de neuroderechos —derechos fundamentales específicamente diseñados para proteger la actividad cerebral y los datos neuronales— entre los que destaca el derecho a la libertad cognitiva o mental: el derecho a que el pensamiento no sea intervenido, leído ni manipulado sin consentimiento expreso. Chile fue en 2021 el primer país del mundo en constitucionalizar la protección de los datos cerebrales mediante la reforma de su artículo 19 de la Constitución. La Unión Europea no ha producido todavía una regulación específica, aunque el Comité Económico y

Social Europeo ha instado a la Comisión a incorporar los neuroderechos al marco regulatorio de la IA.³⁶⁸

En el plano procesal penal, el artículo 12 del Convenio de Budapest de 2001 sobre cibercrimen proporciona una base para la protección de los datos almacenados en dispositivos conectados al sistema nervioso, pero no cubre la extracción directa de datos cerebrales en tiempo real. La doctrina Murray y sus cuatro presupuestos —analizados en la Parte Tercera de este discurso— son insuficientes para regular el uso de la neurotecnología como herramienta de investigación criminal, porque presuponen que el silencio es una decisión que el investigado puede tomar libremente: esa libertad desaparece cuando la tecnología puede leer el pensamiento con independencia de la voluntad del sujeto.³⁶⁹

4.3. La propuesta P.20: elevación del silencio mental a contenido esencial del nemo tenetur

La propuesta P.20 de este discurso —la propuesta del catálogo del bloque legislativo ordinario que afecta al ámbito de los neuroderechos y que no requiere reforma constitucional para su implementación legislativa— plantea la inclusión en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de la prohibición absoluta del uso de tecnologías de lectura o extracción de datos cerebrales con fines incriminatorios, elevando el silencio mental a la categoría de contenido esencial del derecho a no declarar contra sí mismo y del derecho a la integridad moral del artículo 15 CE.³⁷⁰

La implementación de esta propuesta requiere tres elementos normativos. El primero es la tipificación en la LECrim de la «extracción cognitiva involuntaria» como diligencia de investigación radicalmente prohibida, sin posibilidad de autorización judicial. El segundo es la extensión del artículo 11 de la LOPJ —que establece la nulidad de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales— a los datos obtenidos mediante tecnologías de lectura cerebral no consentidas. El tercero es la modificación del Código Penal para tipificar específicamente el uso de tecnologías de extracción cognitiva por parte de agentes del Estado como delito de torturas o tratos inhumanos del artículo 174 CP, independientemente de si la extracción produjo daño físico observable.³⁷¹

5. La decimotercera tensión sistémica: motivación frente a opacidad algorítmica

El análisis de la Parte Undécima añade a las doce tensiones sistémicas identificadas en las Partes anteriores una decimotercera que tiene una singula-

ridad estructural: es la única de las trece en que el problema no procede de una insuficiencia del legislador ante una realidad preexistente sino de una carrera entre la evolución tecnológica y la capacidad del ordenamiento para regularla. Las doce primeras tensiones son problemas que el Derecho español ha generado por exceso de silencio normativo; la decimotercera es un problema que la tecnología ha creado antes de que el Derecho pudiera hablar.³⁷²

La tensión T-13 se formula así: la colisión entre el deber constitucional de resolución motivada —derivado del artículo 24 CE, del artículo 9.3 CE y del artículo 35 LPACAP (deber de motivación)— y la inescrutabilidad técnica de los sistemas de inteligencia artificial utilizados en la adopción de decisiones con efectos sobre los derechos e intereses de los ciudadanos. Esta tensión no puede resolverse únicamente mediante la exigencia de transparencia del algoritmo, porque la transparencia total de los sistemas de aprendizaje automático profundo es técnicamente imposible en el estado actual de la ciencia. Requiere una solución normativa que, sin pretender lo imposible —explicar matemáticamente cómo el sistema llegó a la decisión—, garantice al ciudadano la información suficiente para comprender los factores que la determinaron y para impugnarla eficazmente.³⁷³

6. Síntesis: la nueva frontera del silencio y el mandato de anticipación regulatoria

El análisis de la Parte Undécima permite formular una conclusión de alcance general para la teoría del Derecho en el siglo XXI: el Derecho que regula el silencio no puede limitarse a las manifestaciones históricas del silencio humano. Debe anticiparse a las manifestaciones nuevas que la tecnología crea antes de que el legislador las haya previsto. El silencio del algoritmo, el silencio biográfico que el derecho a la no-datificación protege, y el silencio mental que la neurotecnología amenaza son formas del mismo problema que este discurso ha analizado desde su primera página: el problema de quién tiene el poder de callar y quién tiene el poder de hacer callar.

La tricotomía del silencio se proyecta en esta dimensión digital con precisión reveladora. El *nemo tenetur* digital es un silencio-garantía: el ciudadano tiene derecho a no ser digitalmente extraído de sí mismo. El silencio de la Administración algorítmica es un silencio-declaración en sentido perverso: una declaración ininteligible que el ciudadano no puede interpretar ni contestar. Y el silencio constitutivo del dato que existe indefinidamente en la *block-*

chain, resistiendo el derecho al olvido, es la forma más perturbadora del silencio-constitutivo: el que produce efectos permanentes con independencia de la voluntad de quien calla.³⁷⁴

El Derecho tiene la obligación de hablar sobre todo esto. No puede darse el lujo wittgensteiniano de guardar silencio sobre lo nuevo porque lo nuevo es difícil. Debe hablar sobre lo que no se dice para que la justicia no sea, ella misma, un escondrijo.

La reflexión de Bill Readings sobre la universidad contemporánea — que, al haber perdido sus propósitos trascendentes, ha adoptado un principio administrativo vacío: la «Excelencia», un término transnacional sin contenido sustantivo que permite evaluar cualquier actividad en términos de eficiencia y rendimiento sin que exista un fin último que la justifique— describe con exactitud el riesgo que acecha también al Derecho y a la Administración en la era algorítmica. Una Administración que mide su «excelencia» por la velocidad con que sus algoritmos procesan expedientes, sin preguntarse si las decisiones que producen son justas, ha caído en la misma trampa que Readings denunciaba: ha confundido la eficiencia con la legitimidad, y el *output* con el valor. El silencio del algoritmo es, en este sentido, el silencio de la «Excelencia» vacía: el silencio de quien ha olvidado para qué sirve hablar.^{374b}

NOTAS

- [357] Sobre la nueva frontera digital del silencio jurídicamente relevante, HILDEBRANDT, M., *Smart Technologies and the End(s) of Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2015, págs. 89-126.
- [357b] FALLA-CARRILLO, R., «Universidad, inteligencia artificial y algoritmocracia», *Ethika+*, núm. 12 (2025), págs. 173-202. DOI: <https://doi.org/10.5354/2452-6037.2025.80136>. El autor analiza cómo la IA, al intensificar la racionalización weberiana, amenaza la autonomía académica transformando la universidad en un espacio de «algoritmocracia»; el análisis es extensible al conjunto de la Administración pública.
- [357c] KOSELLECK, R., *Aceleración, prognosis y secularización*, trad. esp., Pre-Textos, Valencia, 2003, págs. 11, 37-39. Sobre la «pandemia de la prisa» (*Gegenwartsschrumpfung*) y su intensificación por la IA, FALLA-CARRILLO, R., *op. cit. supra* nota 357b, págs. 175-176.

- [357d] VIRILIO, P., *El accidente original*, Amorrortu, Buenos Aires, 2009, págs. 25, 44: «Si inventar la sustancia es, indirectamente, inventar el accidente, más dramático es este último cuanto más poderosa y eficaz es la invención». Sobre la «dromología» viriliana y su aplicación a la IA, FALLA-CARRILLO, R., *op. cit. supra* nota 357b, págs. 176-177.
- [358] Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Reglamento de IA), DO L de 12 de julio de 2024. Sobre el concepto de «silencio de segundo grado» en la toma de decisiones algorítmicas, DOSHI-VELEZ, F. y KIM, B., «Towards a Rigorous Science of Interpretable Machine Learning», arXiv:1702.08608 (2017).
- [359] Art. 54 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015).
- [360] PROPUESTA P.18: modificación del art. 35 LPACAP para establecer que la utilización de sistemas de IA en la adopción de decisiones administrativas no exonera del deber de motivación inteligible, y que la mera transcripción del *output* algorítmico no satisface ese deber.
- [360b] MÖKANDER, J. y SCHROEDER, R., «Artificial intelligence, rationalization, and the limits of control in the public sector: the case of tax policy optimization», *Social Science Computer Review*, vol. 42, núm. 6 (2024), págs. 1359-1378 (especialmente págs. 1360-1362). WEBER, M., *Economía y sociedad*, FCE, México, 2002, sobre la «jaula de hierro» de la racionalización instrumental. FALLA-CARRILLO, R., *op. cit. supra* nota 357b, págs. 179-180.
- [360c] GADAMER, H.G., «Hermenéutica clásica y hermenéutica filosófica», en *Antología hermenéutica*, Sígueme, Salamanca, 2002, págs. 57-84 (especialmente págs. 58, 84 sobre la «hermenéutica de la sospecha» y el desvelamiento de lo que el símbolo quiere ocultar). FALLA-CARRILLO, R., *op. cit. supra* nota 357b, págs. 186-188.
- [361] Art. 22 RGPD (derecho a no ser objeto de decisiones automatizadas). LO 3/2018, art. 22 (garantías y derechos digitales). Sobre la discriminación algorítmica, *vid.* la doctrina especializada en Derecho administrativo y laboral.
- [362] Sobre el derecho a la no-datificación como categoría emergente, ZUBOFF, S., *The Age of Surveillance Capitalism*, PublicAffairs, Nueva York,

- 2019 [trad. esp.: *La era del capitalismo de la vigilancia*, Paidós, Barcelona, 2020], págs. 234-256. VAN DIJCK, J., *The Culture of Connectivity: A Critical History of Social Media*, Oxford University Press, Nueva York, 2013.
- [363] PROPUESTA P.19: incorporación del derecho a la no-datificación como categoría autónoma en la reforma del RGPD, con protección específica para datos de comportamiento predictivo, salud mental inderida y filiación ideológica o religiosa derivada de algoritmos de segmentación.
- [364] STJUE (Sala Segunda), *Leuschner c. Bundesamt für Justiz*, C-118/24, de 11 de febrero de 2025 (ECLI:EU:C:2025:89). EUROPEAN LAW INSTITUTE, Principios relativos al tratamiento de datos personales en el contexto de la tecnología de registro distribuido, Viena, 2023.
- [365] Sobre las interfaces cerebro-computadora y sus implicaciones jurídicas, IENCA, M. y ANDORNO, R., «Towards New Human Rights in the Neurotechnology Era: Cognitive Liberty, Mental Privacy, Mental Integrity and Psychological Continuity», *Life Sciences, Society and Policy*, vol. 13, núm. 5 (2017). YUSTE, R., GOERING, S. *et al.*, «Four Ethical Priorities for Neurotechnologies and AI», *Nature*, vol. 551 (2017), págs. 159-163.
- [365b] POPPER, K.R., *El universo abierto: un argumento en favor del indeterminismo*, Tecnos, Madrid, 1994 (*Post scriptum* a la lógica de la investigación científica, vol. II). La teoría de los tres mundos y su aplicación a la IA: FALLA-CARRILLO, R., *op. cit. supra* nota 357b, págs. 177-178; ZIOSI, M., «The three worlds of AGI. Popper's theory of the three worlds applied to artificial general intelligence», *LSE Research Online*, 2018.
- [366] IENCA, M., «Neuroprivacy, Neurosecurity and Brain-Hacking: Emerging Issues in Neural Engineering», *Frontiers in Neuroscience*, vol. 9 (2015), art. 269. Sobre la proyección del *nemo tenetur* a la neurotecnología, KOLBER, A., «Freedom of Memory Today», *Neuroethics*, vol. 1, núm. 2 (2008), págs. 145-148. BOIRE, R.G., «On Cognitive Liberty», *Journal of Cognitive Liberties*, vol. 2, núm. 1 (2001), págs. 7-22.
- [367] Arts. 15, 18.1 y 24.2 CE.
- [368] Constitución de la República de Chile, art. 19 núm. 1, en la redacción dada por la Ley 21.383, de 9 de octubre de 2021 (protección de los datos cerebrales). Comité Económico y Social Europeo, Dictamen sobre

- los neuroderechos (NAT/832), de 23 de marzo de 2022. CONSEIL D'ÉTAT (Francia), Neurociencia y Derecho: perspectivas para el ordenamiento jurídico, Informe 2024.
- [369] Convenio sobre la Ciberdelincuencia (Convenio de Budapest), 23 de noviembre de 2001, CETS 185, art. 12. TEDH, Murray c. Reino Unido, *cit. supra* nota 138. Sobre la insuficiencia del estándar Murray ante la neurotecnología, WOLPE, P.R., FOSTER, K.R. y LANGLEBEN, D.D., «Emerging Neurotechnologies for Lie-Detection: Promises and Perils», *American Journal of Bioethics*, vol. 5, núm. 2 (2005), págs. 39-49.
- [370] PROPUESTA P.20: inclusión en la LECrim de la prohibición absoluta del uso de tecnologías de lectura o extracción de datos cerebrales con fines incriminatorios, elevando el silencio mental a la categoría de contenido esencial del derecho a no declarar contra sí mismo (art. 24.2 CE) y del derecho a la integridad moral (art. 15 CE). Esta propuesta no requiere reforma constitucional: es implementable mediante reforma ordinaria de la LECrim y del Código Penal.
- [371] Arts. 11 LOPJ (prueba ilícita) y 174 CP (torturas). Sobre la protección constitucional del pensamiento privado frente a la neurotecnología, *vid.* la doctrina emergente en materia de neuroderechos.
- [372] T-13: Motivación vs. Opacidad Algorítmica. Colisión entre el deber constitucional de resolución motivada (arts. 24 CE, 9.3 CE y 54 LPA-CAP) y la inescrutabilidad técnica de los sistemas de inteligencia artificial utilizados en la toma de decisiones administrativas con efectos sobre los derechos de los ciudadanos.
- [373] COGLIANESE, C. y LEHR, D., «Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era», *Georgetown Law Journal*, vol. 105, núm. 5 (2017), págs. 1147-1223. BOVENS, M. y ZOURIDIS, S., «From Street-Level to System-Level Bureaucracies: How Information and Communication Technology is Transforming Administrative Discretion and Constitutional Control», *Public Administration Review*, vol. 62, núm. 2 (2002), págs. 174-184.
- [374] Sobre la proyección de la tricotomía del silencio en la dimensión digital, SOLOVE, D.J., *Nothing to Hide: The False Tradeoff Between Privacy and Security*, Yale University Press, New Haven, 2011, págs. 78-112. FLORVEIDI, L., *The Ethics of Artificial Intelligence*, Oxford University Press, 2023, caps. 4-6. PASQUALE, F., *The Black Box Society*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2015, págs. 1-48.

- [374b] READINGS, B., *The University in Ruins*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1996, págs. 1, 21, 180: la «Excelencia» como «principio administrativo vacío» que permite evaluar cualquier actividad académica sin que exista un fin último que la justifique. FALLA-CARRILLO, R., *op. cit. supra* nota 357b, págs. 183-185, sobre la culminación distópica de la «Excelencia» en la universidad algorítmica. PRESTON, J., *Artificial Intelligence in the Capitalist University: Academic Labour, Commodification, and Value*, Routledge, 2022, pág. 2.

PARTE DUODÉCIMA

EL PODER Y SUS SILENCIOS

1. La asimetría fundamental: el silencio del poder es siempre más costoso

Hay una asimetría que atraviesa toda este discurso y que ningún análisis sectorial ha podido ignorar: el silencio del poder es siempre más costoso que el silencio del ciudadano. La Administración que no resuelve en plazo, el Estado que no actúa ante la violación de los derechos humanos, el empleador que calla para aislar al trabajador indeseado, el Tribunal Constitucional que tarda ocho años en resolver un recurso de amparo, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas paralizado por el veto ante un genocidio: en todos estos casos el silencio es el silencio del poder frente a quien depende de ese poder para que sus derechos sean efectivos. Y en todos estos casos, el coste del silencio lo paga siempre quien menos puede permitírselo.³⁷⁵

La frase de Frederic Sainz de Robles sobre el silencio administrativo como «escándalo en el Estado de Derecho» —citada en la Parte Cuarta— merece ser generalizada en esta Parte Duodécima. El silencio del poder no es solo un escándalo administrativo: es un escándalo constitucional, laboral, internacional. Es un escándalo cuando el empleador construye el silencio sistemático para destruir la dignidad de un trabajador. Es un escándalo cuando el Estado clasifica sus propios crímenes para que no puedan ser perseguidos. Es un escándalo cuando el Derecho Internacional tolera que el veto en el Consejo de Seguridad se use para proteger a los autores de crímenes de lesa humanidad bajo el paraguas del silencio institucional. El escándalo es siempre el mismo: el poder que calla cuando debería responder, y el ordenamiento que lo permite.³⁷⁶

2. García de Enterría y Nieto: la crítica descarnada al poder que no rinde cuentas

Eduardo García de Enterría, el mayor administrativista español del siglo XX, formuló en su obra *La lucha contra las inmunidades del poder* la tesis que vertebraba esta Parte Duodécima: el Estado de Derecho es, en su definición más precisa, el proceso de reducción de las inmunidades del poder público frente al control jurídico.³⁷⁷ Cada inmunidad que persiste —cada espacio en que el poder actúa sin rendir cuentas, sin motivar, sin resolver, sin responder— es una quiebra del Estado de Derecho. No una imperfección tolerable. Una quiebra. Y el silencio del poder es la forma más difusa y más difícil de combatir de todas esas inmunidades: es la inmunidad que se produce no por exceso de actuación sino por defecto, no por el abuso activo sino por la omisión deliberada.

La tesis de García de Enterría tiene una consecuencia metodológica que este discurso ha aplicado desde su primera página: el análisis jurídico del silencio del poder no puede limitarse a catalogar supuestos y describir regímenes. Debe ser una crítica. Una crítica que identifique dónde el poder usa el silencio como instrumento de dominación, que mida el coste de ese uso en términos de derechos vulnerados y de ciudadanos sin respuesta, y que proponga las reformas que reducirían ese coste a los niveles que el Estado de Derecho puede tolerar.

Alejandro Nieto García, en su obra *Derecho Administrativo Sancionador* y, con mayor intensidad crítica, en *El desgobierno público*, fue más lejos que García de Enterría en el diagnóstico: el problema del poder que no responde no es un problema de normas insuficientes sino de cultura institucional.³⁷⁸ La Administración española no incumple la obligación de resolver en plazo porque no exista la norma que la obliga a hacerlo: incumple porque sabe que puede hacerlo sin consecuencias reales, porque el sistema de incentivos premia la acumulación de expedientes pendientes y no penaliza la inactividad, y porque la responsabilidad disciplinaria del funcionario que no resuelve es una amenaza que nunca se ejecuta. El silencio administrativo como patología crónica del sistema es, en el diagnóstico de Nieto, un problema de gobernanza antes que de Derecho: el Derecho ha dado todas las respuestas que puede dar; lo que falta es la voluntad política de aplicarlas.³⁷⁹

La combinación de estas dos perspectivas —la de García de Enterría sobre las inmunidades del poder y la de Nieto sobre el desgobierno público— proporciona el marco analítico que esta Parte Duodécima necesita para formular

su tesis central: el silencio del poder es, en el ordenamiento jurídico español, una de las inmunidades más extendidas y más resistentes a la reforma, precisamente porque quien tiene el poder de reformarla es también quien se beneficia de mantenerla.

3. Las doce tensiones sistémicas del ocultamiento jurídicamente relevante

El recorrido por las once Partes anteriores de este discurso permite enunciar ahora, con la precisión que el análisis sectorial ha ido aportando, las doce tensiones sistémicas que el ordenamiento jurídico español no ha resuelto mediante ningún principio general. Su resolución queda, en todos los casos, en manos de la jurisprudencia casuística, lo que genera incertidumbre e inconsistencia que ninguna reforma menor puede eliminar.

3.1. *Las seis tensiones del silencio*

La primera tensión sistémica (T-1) es la que se produce entre el silencio-garantía y el silencio-declaración cuando el contexto jurídico es fronterizo entre lo punitivo y lo no punitivo. El mismo comportamiento pasivo produce efectos opuestos según si el procedimiento en que se produce tiene o no carácter sancionador. La STS 2590/2025 sobre la fase presancionadora disciplinaria resolvió uno de esos casos fronterizos sin establecer un principio general que cubra los demás.³⁸⁰

La segunda tensión sistémica (T-2) es la paradoja del silencio positivo administrativo: el derecho nacido del silencio estimatorio es el más frágil del ordenamiento, más vulnerable que el nacido de un acto expreso. Las SSTS 43/2026 y 177/2026 han llevado esta paradoja a su límite al declarar revisable el silencio positivo incluso cuando había sido confirmado por sentencia firme.³⁸¹

La tercera tensión sistémica (T-3) es la contradicción entre el estándar absolutista del Estatuto de Roma (art. 67.1.g: el silencio no puede tenerse en cuenta para determinar la culpabilidad) y el estándar funcionalista del TEDH (doctrina Murray: el silencio puede ser un elemento corroborador bajo cuatro condiciones estrictas). España aplica Murray sin habilitación legal y está vinculada por el Estatuto de Roma. Esta tensión no ha sido resuelta por el legislador.³⁸²

La cuarta tensión sistémica (T-4) es la que se produce entre el silencio elo-cuente civil y la doctrina de los actos propios: mismos presupuestos fácticos,

resultados potencialmente contradictorios en casos en que el silencio coexiste con una conducta activa previa. Ninguna norma del ordenamiento español resuelve explícitamente esta tensión.³⁸³

La quinta tensión sistémica (T-5) es la que se produce entre la aquiescencia internacional del Estado y el principio de legalidad interna y el control parlamentario de la acción exterior. El Ejecutivo puede vincular al Estado por su silencio en foros internacionales sin ningún mecanismo de control democrático.³⁸⁴

La sexta tensión sistémica (T-6) es la tensión tributaria entre el deber de colaboración activa en el procedimiento inspector y el derecho al silencio en el procedimiento sancionador, resuelta casuísticamente por la STS 4.12.2025 pero sin reforma legislativa del artículo 210.2 LGT.³⁸⁵

3.2. *Las seis tensiones del secreto*

La séptima tensión sistémica (T-7) —la primera de la serie del secreto— es la Fractura F-1: la opacidad del secreto de Estado frente al derecho a la tutela judicial efectiva. El Ejecutivo puede oponer el secreto a la investigación judicial de sus propias actuaciones con el único control del sistema *in camera* que las sentencias del CESID de 1997 construyeron sin base legal expresa. El PLIC de 2025 codifica ese control, pero no garantiza su efectividad.³⁸⁶

La octava tensión sistémica (T-8) —Fractura F-2— es la incompatibilidad del sistema de vigilancia del CNI con el artículo 8 CEDH: no existe supervisión de la ejecución de las intervenciones, no existe notificación posterior al afectado y no existe recurso efectivo para quien fue vigilado.³⁸⁷

La novena tensión sistémica (T-9) —Fractura F-3— es la asimetría entre las garantías del investigado criminal y las del ciudadano vigilado por el CNI. El ciudadano sometido a investigación penal ordinaria tiene derecho a ser informado de los cargos, a acceder a las actuaciones y a impugnar las diligencias. El ciudadano vigilado por el CNI no tiene ninguno de esos derechos. Más garantías para el delincuente investigado que para el ciudadano vigilado preventivamente: esta diferencia de trato es constitucionalmente indefendible.³⁸⁸

La décima tensión sistémica (T-10) es la que se produce entre el derecho al olvido del RGPD y la inmutabilidad de la *blockchain*. Un registro que no puede borrarse es la negación técnica del derecho al olvido: la memoria perfecta e inalterable que el Derecho de protección de datos ha intentado limitar precisamente porque la memoria total es incompatible con el libre desarrollo

de la personalidad. Analizada en la Parte Segunda, esta tensión no tiene solución normativa en el ordenamiento español vigente.³⁸⁹

La undécima tensión sistémica (T-11) —Fractura F-5— es la paradoja del Derecho penal del espionaje: las mismas actuaciones que constituyen delito cuando las realiza un particular quedan cubiertas por la legalidad cuando las realiza el CNI con la autorización de un solo magistrado cuya resolución es secreta y cuya ejecución no se supervisa.³⁹⁰

La duodécima tensión sistémica (T-12) es la que se produce entre la transparencia democrática exigida por el principio kantiano de publicidad y la herencia institucional del secreto franquista que el ordenamiento español mantiene como régimen ordinario de funcionamiento del poder ejecutivo. Es la tensión que Bobbio identificó como constitutiva de la democracia y que el ordenamiento español ha agravado al conservar deliberadamente los instrumentos diseñados para un régimen en que esa tensión no existía porque no había ciudadanos a los que rendir cuentas.³⁹¹

4. El poder que usa el silencio como instrumento de dominación

Cada una de las doce tensiones sistémicas tiene en su núcleo una misma realidad: el poder que ha encontrado en el silencio —en su propio silencio o en el silencio que impone a otros— un instrumento de dominación que el ordenamiento no ha conseguido dismantelar.

El poder que no resuelve en plazo construye una asimetría que perjudica sistemáticamente al ciudadano que no tiene recursos para litigar. El poder que clasifica sus crímenes no solo oculta el pasado: crea la impunidad del futuro. El poder que vigila en secreto sin rendir cuentas no solo viola la intimidad de las personas vigiladas: disuade a toda la sociedad de ejercer sus derechos en el espacio digital. El poder que usa el procedimiento disciplinario para sancionar sin informar no solo vulnera el *nemo tenetur* del trabajador concreto: normaliza la desigualdad entre el ciudadano con protección plena en el proceso penal y el trabajador con protección mínima en el expediente disciplinario.

Lo que distingue a todas estas formas de silencio del poder de los silencios del ciudadano —analizados en las partes anteriores de este discurso— es que el silencio del poder no es nunca neutral: siempre produce efectos, siempre afecta a terceros, siempre tiene consecuencias de las que el poder se beneficia. El ciudadano que guarda silencio ejerce un derecho o adopta una posición. El

poder que guarda silencio ejerce una prerrogativa que el ordenamiento no ha sabido o no ha querido limitar.

García de Enterría tenía razón: el Estado de Derecho es la historia de la reducción de las inmunidades del poder. Y el silencio del poder es la última y más persistente de esas inmunidades. Persistente porque es invisible: no hay norma que vulnerar cuando la Administración simplemente no actúa, no hay acto ilegal que impugnar cuando el servicio de inteligencia simplemente no notifica, no hay infracción que sancionar cuando el clasificador simplemente no desclasifica. El silencio del poder no viola el Derecho de forma abierta: lo elude por defecto.

5. El silencio del ciudadano como resistencia y como libertad

Frente al silencio del poder como instrumento de dominación, este discurso ha analizado también el silencio del ciudadano como forma de resistencia y como condición de la libertad.

El derecho al silencio del imputado —analizado en la Parte Tercera— es una de las conquistas más importantes del constitucionalismo liberal: la afirmación de que el Estado no puede obligar a nadie a construir su propia condena, de que el silencio ante el poder es a veces la única forma de mantener la integridad, de que la dignidad de la persona incluye el derecho a no ser convertida en testigo contra sí misma. Este derecho, que en su origen era una respuesta a la tortura como método de obtención de confesiones, sigue siendo hoy una garantía imprescindible.³⁹²

Lo que une al imputado que ejerce su derecho al silencio, al trabajador que apaga el teléfono a las seis de la tarde, al ciudadano que exige a la Administración que haga cumplir la ordenanza de ruidos, y al contribuyente que invoca el test de existencia independiente frente al inspector tributario, es la misma reivindicación: el derecho a un espacio —físico, temporal, mental, jurídico— en el que el poder no entre sin autorización. El silencio es, en todos estos casos, una frontera. Una frontera que el Derecho debe trazar y defender, porque si no lo hace, el poder —siempre expansivo, siempre tentado de ocupar cada espacio que se le deja libre— lo ocupará.³⁹³

6. El silencio de la norma como decisión política

Hay un tercer silencio que este discurso ha analizado con particular detenimiento y que quizás sea el más difícil de todos: el silencio de la propia norma.

La Constitución que no dice nada sobre la amnistía. El Reglamento Roma I que no dice nada sobre la *lex mercatoria*. El Código Civil que lleva ciento treinta y siete años sin decir nada sobre el silencio contractual como regla general. El LECrim que aplica la doctrina Murray sin base legal orgánica.

En todos estos casos, el silencio de la norma no es el silencio del legislador que ha olvidado o que no ha llegado: es, con frecuencia, el silencio del legislador que ha preferido no hablar porque hablar habría exigido comprometerse, y comprometerse habría tenido costes políticos que prefirió evitar. El silencio normativo, en esta dimensión, no es una laguna que espera ser colmada. Es una decisión política que se ha tomado no diciendo nada, con toda la intencionalidad con que cualquier legislador adopta sus decisiones más explícitas. Y el análisis jurídico del silencio que no abordara esa dimensión política habría eludido lo más importante.

La reflexión de Cámara Villar sobre el silencio de la Constitución española respecto de la amnistía es en este sentido ejemplar, aunque —como se argumentó en la Parte Séptima— conduce a una conclusión que quien suscribe estas páginas no comparte: el silencio constitucional sobre la amnistía no es una apertura hermenéutica sin límites, sino un espacio que el intérprete debe recorrer con humildad metodológica, con honestidad sobre los valores que lo guían, y con conciencia de que la lógica interna del sistema constitucional tiene sus propias exigencias.³⁹⁴

El Reglamento Roma I que guarda silencio sobre la *lex mercatoria* está diciendo algo: está diciendo que el legislador europeo prefirió no abrir ese debate, que la opción de los derechos no estatales como ley elegible era demasiado disruptiva para el consenso que el Reglamento necesitaba, y que prefirió dejar ese problema a la práctica arbitral antes que resolverlo normativamente. Los Principios de La Haya de 2015 intentaron decir lo que Roma I no quiso decir. El silencio del legislador no siempre espera a ser colmado por el intérprete: a veces espera a ser sustituido por legisladores más valientes.

7. Las propuestas de reforma: el programa de veintidós medidas

El análisis de las doce tensiones sistémicas y de las distintas formas de silencio del poder conduce a las veintidós propuestas de reforma de este curso, que representan el programa legislativo que el ordenamiento jurídico español necesita para reducir las inmunidades del silencio a los niveles que el Estado de Derecho puede tolerar. Veinte de ellas son abordables por el le-

gislador ordinario u orgánico y realizables en la próxima legislatura. Las dos restantes —la del artículo 62.i bis sobre amnistía y la P.22 sobre supresión del ámbito del amparo del artículo 53.2 CE— exigen reforma constitucional. Su urgencia varía; su necesidad, no.

El primer grupo de propuestas (P.1 a P.4) afecta al Derecho Penal y Procesal Penal. La P.1 plantea la codificación del *nemo tenetur* con reserva de ley orgánica en la LECrim. La P.2 propone la regulación expresa de las inferencias adversas del silencio, adoptando como mínimo los cuatro presupuestos Murray o el estándar absolutista del art. 67.1.g del Estatuto de Roma. La P.3 propone la modificación de la LECrim para dar base legal a la información al investigado sobre las consecuencias de ejercer su derecho al silencio. La P.4 plantea la reforma del precepto que regula la última palabra para garantizar su carácter efectivo y no meramente formal.³⁹⁵

El segundo grupo (P.5 a P.7) afecta al Derecho Administrativo. La P.5 modifica el artículo 21.6 LPACAP para establecer consecuencias económicas directas para el órgano que sistemáticamente incumple los plazos de resolución. La P.6 reforma el artículo 106 LPACAP para establecer un plazo máximo de un año para la revisión de los actos presuntos estimatorios con indemnización por confianza legítima defraudada. La P.7 declara la nulidad de pleno derecho de las resoluciones extemporáneas denegatorias posteriores al silencio estimatorio.³⁹⁶

El tercer grupo (P.8 a P.12) afecta al Derecho Penal y Procesal Penal, al Derecho Tributario y al Derecho Mercantil y Laboral. La P.8 suprime la contradicción entre el estándar Murray y el artículo 67.1.g del Estatuto de Roma adoptando el estándar absolutista en el proceso ordinario. La P.9 incorpora al Título Preliminar del Código Civil la cláusula general del silencio. La P.10 codifica el test de existencia independiente en el artículo 210.2 LGT. La P.11 establece el procedimiento disciplinario mínimo del artículo 58 ET. La P.12 reforma el artículo 205.2 LSC para establecer un plazo máximo de tres años para la caducidad de la acción de impugnación de acuerdos sociales no notificados individualmente al socio ausente.³⁹⁷

El cuarto grupo (P.13 a P.17) afecta al Derecho de la Inteligencia y al Derecho del Secreto. La P.13 propone las correcciones al Proyecto de Ley de Información Clasificada de 2025 para reducir los plazos máximos de desclasificación a veinticinco años, suprimir la clasificación ope legis del CNI, reforzar el control parlamentario y aprobar un Real Decreto de Desclasificación Programada para todos los documentos clasificados bajo la LSO de

1968 anteriores a 1990. La P.14 reforma la Ley Orgánica 2/2002 para crear la notificación posterior a los afectados por vigilancia del CNI una vez cesado el peligro. La P.15 refuerza el control parlamentario y económico de los servicios de inteligencia creando un órgano de inspección externo independiente con competencia de investigación efectiva, y reforma la Ley 11/1995 de gastos reservados para establecer un control económico externo efectivo sobre los fondos destinados a actividades de inteligencia. La P.16 amplía el tipo agravado del artículo 198 CP para incluir las actuaciones de inteligencia sin autorización judicial previa. La P.17 transpone al Derecho interno la figura del *Special Advocate* del sistema británico para los procedimientos judiciales que involucren información clasificada y establece la obligación de la Administración de notificar a los interesados la clasificación de documentos que les afectan directamente, con carácter diferido cuando la seguridad operativa lo exija.

El quinto grupo (P.18 a P.22) afecta a derechos fundamentales en sentido estricto y agrupa las propuestas relativas a la algoritmocracia, los neuroderechos y las dos reformas constitucionales. La P.18 modifica el artículo 35 LPA-CAP para establecer que la utilización de sistemas de inteligencia artificial en la adopción de decisiones administrativas no exonera del deber de motivación inteligible y que la mera transcripción del *output* algorítmico no satisface ese deber. La P.19 incorpora al Reglamento General de Protección de Datos el derecho a la no-datificación como categoría autónoma, con protección específica para datos de comportamiento predictivo, salud mental inferida y filiación ideológica o religiosa derivada de algoritmos de segmentación. La P.20 introduce en la Ley de Enjuiciamiento Criminal la prohibición absoluta del uso de tecnologías de lectura o extracción de datos cerebrales con fines inculpativos, elevando el silencio mental a la categoría de contenido esencial del derecho a no declarar contra sí mismo y del derecho a la integridad moral del artículo 15 CE. La P.21 plantea la reforma constitucional del artículo 62.i con introducción de un artículo 62.i bis que regule la amnistía con las garantías que la Comisión de Venecia exige —limitación material a hechos vinculados a transiciones políticas, prohibición expresa sobre delitos cometidos por quienes ejercen o han ejercido el poder político, mayoría reforzada de tres quintos, control previo de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional y exclusión de los delitos contra la humanidad y los crímenes de guerra—. La P.22 plantea la reforma del artículo 53.2 de la Constitución para suprimir el ámbito del recurso de amparo en sede del Tribunal Constitucional y devolver a la jurisdicción ordinaria —Salas Primera, Segunda, Tercera y Cuarta del Tribunal

Supremo— la tutela específica de los derechos fundamentales, concentrando el Tribunal Constitucional en lo que efectivamente le corresponde.³⁹⁸

Veintidós propuestas. Veinte abordables por el legislador ordinario u orgánico y dos —la del artículo 62.i bis sobre amnistía (P.21) y la del amparo del artículo 53.2 CE (P.22)— que exigen reforma constitucional. Todas están respaldadas por el consenso doctrinal de cuantos académicos, magistrados y operadores jurídicos han analizado estos problemas desde distintas perspectivas. Y sin embargo, la probabilidad de que alguna de las propuestas relativas a la inteligencia y al secreto se materialice en la próxima legislatura es, a la luz de la experiencia histórica analizada en la Parte Décima, reducida; y la probabilidad de que prosperen las dos constitucionales lo es todavía más. El silencio del poder sobre sus propias reformas es la prueba más convincente de que el problema que este discurso ha diagnosticado es real y que las propuestas que formula son necesarias.

8. El poder que aprende a callar —y el silencio que aprende a hablar

Wittgenstein cerró su *Tractatus Logico-Philosophicus* con la advertencia de que «sobre lo que no se puede hablar, hay que guardar silencio». La advertencia es filosóficamente rigurosa: hay límites del lenguaje que la filosofía no puede traspasar sin caer en el sinsentido. Pero el Derecho no tiene ese lujo. El Derecho tiene que hablar sobre todo lo que afecta a los derechos y a las obligaciones de las personas, incluido lo que no se dice. No puede guardar silencio sobre el silencio, porque si lo hace, deja sin respuesta a quien más necesita una.³⁹⁹

Si hay una lección que esta Parte Duodécima y el discurso en su conjunto intenta transmitir, es esta: el Derecho es el arte de distinguir los silencios. De saber cuándo el silencio del contratante es una declaración de voluntad que produce efectos y cuándo no lo es. De saber cuándo el silencio de la Administración debe interpretarse como acto presunto positivo y cuándo como mera ficción que abre el recurso. De saber cuándo el silencio del imputado puede ser valorado como indicio y cuándo es un derecho que prohíbe extraer de él ninguna conclusión. De saber cuándo el silencio del Estado ante una práctica internacional consolida una norma consuetudinaria y cuándo simplemente refleja falta de interés o capacidad de respuesta. De saber cuándo el silencio del trabajador ante el acoso de su compañero es miedo comprensible y cuándo es complicidad moralmente inaceptable. De saber cuándo el silencio de la

Constitución sobre una institución es apertura hermenéutica y cuándo es una exclusión que la lógica del sistema impone.

Esta distinción no es mecánica. No hay un algoritmo que permita determinar, con independencia del contexto, qué tipo de silencio se tiene ante los ojos y qué consecuencias debe producir. La distinción es un juicio: el juicio del jurista que conoce las normas aplicables pero también los principios que las animan, que entiende las expectativas razonables de las partes pero también las asimetrías de poder que las condicionan, que respeta la letra de la ley pero también sabe cuándo la letra de la ley, aplicada mecánicamente, traiciona el espíritu que la alentó.⁴⁰⁰

NOTAS

- [375] Sobre la asimetría del silencio del poder, HABERMAS, J., *Theorie des kommunikativen Handelns*, cit. *supra* nota 38. La idea de que el silencio del poder produce efectos que el ciudadano no puede permitirse ignorar es la conclusión metodológica que García de Enterría formula en términos de «inmunidades del poder».
- [376] SAINZ DE ROBLES, F.C., *op. cit. supra* nota 152. Sobre la generalización del «escándalo» más allá del Derecho Administrativo, *vid.* el análisis conjunto de las Partes Tercera, Octava y Décima de este discurso.
- [377] GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Civitas, Madrid, 1979 (reimpr. 2016). Sobre su significado en la historia del Derecho Administrativo español, PAREJO ALFONSO, L., *Crisis y renovación en el Derecho Público*, CEC, Madrid, 1991, págs. 78-112.
- [378] NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, 5.^a ed., Tecnos, Madrid, 2012; *El desgobierno público*, Ariel, Barcelona, 2008.
- [379] NIETO GARCÍA, A., El desgobierno público, cit. *supra* nota 378, págs. 134-156. Sobre la distinción entre el problema normativo y el problema cultural del silencio administrativo, PONCE SOLÉ, J., *op. cit. supra* nota 193.
- [380] Tensión T-1. STS 704/2025, de 4 de junio (ECLI:ES:TS:2025:2590), cit. *supra* nota 184. Sobre la frontera entre procedimiento punitivo y no punitivo, *vid. supra* Parte Tercera, sección X y Parte Cuarta, sección X.

- [381] Tensión T-2. SSTS 43/2026 y 177/2026, *cit. supra* nota 198. Sobre la fragilidad del silencio positivo como derecho, *vid. supra* Parte Cuarta, sección VII.
- [382] Tensión T-3. STEDH Murray c. Reino Unido, *cit. supra* nota 138. Art. 67.1.g Estatuto de Roma, *cit. supra* nota 144. *Vid. supra* Parte Tercera, sección X y Propuesta P.4.
- [383] Tensión T-4. STS (Sala 1.^a) 507/2019, *cit. supra* nota 55. Sobre la distinción silencio elocuente / actos propios, *vid. supra* Parte Segunda, sección III.
- [384] Tensión T-5. CIJ Pesquerías Anglo-Noruegas, *cit. supra* nota 245. CVDT art. 45, *cit. supra* nota 246. *Vid. supra* Parte Sexta, sección XIII.
- [385] Tensión T-6. STS (Sala 3.^a) 4.12.2025, *cit. supra* nota 212. *Vid. supra* Parte Quinta, sección VIII y Propuesta P.10.
- [386] Tensión T-7 (Fractura F-1). SSTS 4.4.1997 sobre el CESID, *cit. supra* nota 340. STC 69/2001, de 17 de marzo (Pleno; recurso de amparo núm. 3862/98; ponente Excmo. Sr. Jiménez Sánchez; con voto particular del Magistrado García Manzano; BOE núm. 83, supl., de 6 de abril de 2001; ECLI:ES:TC:2001:69), sobre el valor probatorio de los documentos del CESID una vez desclasificados por las SSTS de 4 de abril de 1997. Proyecto de Ley de Información Clasificada 2025. *Vid. supra* Parte Décima, sección IV.
- [387] Tensión T-8 (Fractura F-2). TEDH Klass, *cit. supra* nota 345; Roman Zakharov c. Rusia, de 4 de diciembre de 2015 (núm. 47143/06). LO 2/2002, *cit. supra* nota 343. *Vid. supra* Parte Décima, sección V y Propuesta P.14.
- [388] Tensión T-9 (Fractura F-3). Sobre la asimetría de garantías entre el investigado penal y el ciudadano vigilado por el CNI, *vid. la doctrina* constitucionalista especializada en servicios de inteligencia y derechos fundamentales.
- [389] Tensión T-10. RGPD art. 17 (derecho al olvido). EUROPEAN LAW INSTITUTE, Principio 9, *cit. supra* nota 92. *Vid. supra* Parte Segunda, sección X.
- [390] Tensión T-11 (Fractura F-5). Art. 198 CP. LO 2/2002, *cit. supra* nota 343. *Vid. supra* Parte Décima, sección V y Propuesta P.18.
- [391] Tensión T-12. BOBBIO, N., Democracia y secreto, *cit. supra* nota 329. LSO 1968, *cit. supra* nota 337. *Vid. supra* Parte Décima, secciones III y VIII.
- [392] Art. 24.2 CE. *Vid. supra* Parte Tercera, secciones I y XI. TOMÁS Y VALIENTE, F., La tortura en España, *cit. supra* nota 132.

- [393] MILL, J.S., *On Liberty* 1859, trad. esp.: *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 2013. Sobre el silencio como frontera del poder en la relación ciudadano-Estado, DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1977, págs. 189-212.
- [394] *Vid. supra* Parte Séptima, sección III.2 y la argumentación crítica de la inconstitucionalidad de la LO 1/2024.
- [395] Propuestas P.1-P.4, relativas a la LECrim y al proceso penal. Sobre la urgencia de la codificación del *nemo tenetur* con reserva de ley orgánica, *vid. supra* Parte Tercera, sección VIII.
- [396] Propuestas P.5-P.7, relativas a la LPACAP. *Vid. supra* Parte Cuarta, sección XIII.
- [397] Propuestas P.8-P.12. P.8: Estatuto de Roma y LECrim; P.9: Título Preliminar CC; P.10: art. 210.2 LGT; P.11: art. 58 ET; P.12: art. 205.2 LSC. Referencias completas en las notas de las Partes Segunda, Tercera, Quinta y Décima.
- [398] Propuestas P.13-P.17, relativas al Derecho de la Inteligencia (con fusiones respecto del catálogo intermedio anterior). PLIC 2025, *cit. supra* nota 342. LO 2/2002, *cit. supra* nota 343. Sobre el *Special Advocate*, BOWERS, J., *op. cit. supra* nota 350.
- [399] WITTGENSTEIN, L., *Tractatus Logico-Philosophicus*, proposición 7.0, *cit. supra* nota 29. Sobre los límites del lenguaje y el Derecho, *vid. supra* Parte Primera, sección IV.
- [400] Sobre el silencio como juicio del jurista y no como aplicación mecánica de normas, DWORKIN, R., *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1986 [trad. esp.: *El Imperio de la Justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988], págs. 225-258.

PARTE DECIMOTERCERA

SÍNTESIS, CONCLUSIONES Y ÉTICA DE LA ABOGACÍA

1. Un principio y un final: el preso de Portillo de San Antonio

Esa imagen —un flash que ha retornado a la mente de quien esto escribe de manera reiterada a lo largo de décadas de práctica jurídica— es la razón de ser última de este discurso. No la razón académica ni la razón dogmática. La razón humana. La razón de que alguien que ha pasado su vida en el foro no pueda contemplar el silencio como una categoría jurídica neutral, como un mero elemento del sistema de interpretación de las declaraciones de voluntad, como un problema de técnica procesal. El silencio, visto desde aquella calle de Murcia, es poder.⁴⁰¹ El poder de quien puede imponer el silencio sobre otros. Y el Derecho que no lo comprende así no ha comprendido lo más importante.

La conmiseración hacia los vulnerables —hacia los más vulnerables— que aquella imagen provocó en un niño que caminaba hacia el colegio explica la posición que recorre estas páginas: el Derecho debe estar del lado de quien calla porque no tiene otra opción, y debe limitar el silencio de quien calla porque puede permitírselo.

2. La tricotomía del silencio: síntesis de la aportación teórica principal

El recorrido por las once Partes anteriores ha verificado la tesis central de este discurso: el ordenamiento jurídico español ha desarrollado respuestas sectoriales relativamente coherentes al problema del silencio jurídicamente relevante, pero carece de una teoría general que las articule en un sistema coherente. Las consecuencias de esta carencia no son meramente teóricas: ge-

neran zonas de intersección sin régimen jurídico claro, producen asimetrías de garantías constitucionalmente problemáticas y obligan a los operadores jurídicos a resolver casos difíciles sin principios generales que los orienten.

La tricotomía propuesta en la Introducción General y verificada a lo largo de todas las Partes puede enunciarse en su forma definitiva:

El silencio-garantía es el silencio como derecho del ciudadano frente al ejercicio del poder punitivo del Estado. Opera en toda relación jurídica en que el Estado puede imponer sanciones al ciudadano, con independencia del nombre que se atribuya al procedimiento —penal, administrativo sancionador, disciplinario o tributario sancionador—. Sus características son: se ejerce libremente, sin que pueda producir ningún efecto adverso para quien lo ejerce; cualquier restricción requiere reserva de Ley Orgánica; y el único límite que la jurisprudencia del TEDH admite —la doctrina Murray— carece de base legal orgánica en el Derecho español.

El silencio-declaración es el silencio como manifestación tácita de voluntad en las relaciones entre particulares o en las relaciones no punitivas entre ciudadanos y Estado. Opera cuando las circunstancias hacen al silencio «elocuente»: cuando concurren el elemento subjetivo —conocimiento efectivo de la propuesta o situación a la que se responde con el silencio— y el elemento objetivo —la obligación o la normalidad de responder. Sus manifestaciones abarcan desde el silencio contractual elocuente del Derecho civil hasta la aquiescencia del Estado en el Derecho Internacional Público.

El silencio-constitutivo es el silencio como fuente de efectos jurídicos *ex lege*, con independencia de la voluntad del sujeto y sin necesidad de ningún análisis sobre el «significado» de la inacción. La ley atribuye consecuencias al transcurso del tiempo sin que se produzca una conducta activa determinada. Sus manifestaciones van desde la tácita reconducción arrendaticia y la aceptación hereditaria por interpellatio hasta el silencio positivo administrativo, la prescripción extintiva y la sumisión tácita a la jurisdicción del artículo 26 Bruselas I-bis.⁴⁰²

La propuesta P.9 de este discurso —la incorporación de la cláusula general del silencio al Título Preliminar del Código Civil— tiene por objeto codificar esta tricotomía con vocación transversal, de modo que el intérprete disponga de un principio general que le permita identificar qué tipo de silencio tiene ante los ojos y cuál es su régimen jurídico, sin necesidad de acudir a la casuística sectorial.

3. La quintología del secreto: síntesis de la segunda aportación teórica

La taxonomía quíntuple del secreto jurídico —verificada en la Parte Décima— permite igualmente enunciar en su forma definitiva los cinco tipos:

El secreto de Estado, que protege las actuaciones del poder ejecutivo en materia de defensa, seguridad exterior y orden constitucional, cuya justificación es la razón de Estado y cuya limitación es el principio kantiano de publicidad.

El secreto de inteligencia, que cubre las operaciones de los servicios de información del Estado, cuyo fundamento es la protección de las fuentes y métodos y cuyo límite es la autorización judicial previa para las actuaciones que afectan a derechos fundamentales.

El secreto de las comunicaciones, reconocido en el artículo 18.3 CE, que protege al ciudadano frente al Estado y frente a terceros en el ámbito de sus comunicaciones privadas.

La protección de datos personales, configurada por el RGPD y la LOPD-GDD como el derecho a la autodeterminación informativa del individuo en la sociedad digital.

El secreto empresarial, protegido por la Ley 1/2019, cuya lógica es la protección de la ventaja competitiva legítimamente generada mediante esfuerzo e inversión.

Los cinco tipos se corresponden con cinco lógicas distintas: el escudo del poder, el instrumento de la inteligencia, la barrera del ciudadano frente al Estado, la autodeterminación informativa del individuo y la protección de la ventaja competitiva privada. Los cinco son necesarios. Los cinco tienen sus límites. Y la confusión entre ellos —el Estado que invoca el secreto empresarial para encubrir sus crímenes, o el particular que invoca el secreto de Estado para blindar sus negocios— es una de las patologías más graves del ordenamiento que este discurso ha identificado y denunciado.⁴⁰³

4. Las veintidós propuestas: el programa de reforma

Las veintidós propuestas de *lege ferenda* que este discurso formula representan el programa legislativo que el ordenamiento jurídico español necesita para reducir las asimetrías y las incoherencias que el análisis sectorial ha identificado. Veinte son abordables por el legislador ordinario u orgánico; dos —la del artículo 62.i bis sobre amnistía (P.21) y la P.22 sobre supresión del ámbito

del amparo del artículo 53.2 CE— exigen reforma constitucional. Se resumen aquí en su formulación más concisa:⁴⁰⁴

P.1 a P.4 (Derecho Procesal Penal): codificación del *nemo tenetur* con reserva orgánica en la LECrim; regulación expresa de las inferencias adversas del silencio; información obligatoria sobre las consecuencias del ejercicio del silencio; garantía efectiva del derecho a la última palabra.

P.5 a P.7 (Derecho Administrativo): consecuencias económicas directas para el órgano que incumple sistemáticamente los plazos de resolución; plazo máximo de un año para la revisión de los actos presuntos estimatorios con indemnización por confianza legítima defraudada; nulidad de pleno derecho de las resoluciones extemporáneas denegatorias posteriores al silencio estimatorio.

P.8 a P.12 (Derecho Penal, Tributario, Civil, Mercantil y Laboral): adopción del estándar absolutista del Estatuto de Roma o codificación orgánica del estándar Murray; incorporación de la cláusula general del silencio al Título Preliminar del CC; codificación del test de existencia independiente en el art. 210.2 LGT; procedimiento disciplinario mínimo en el art. 58 ET; reforma del art. 205.2 LSC para los acuerdos no notificados.

P.13 a P.17 (Derecho del secreto y la inteligencia): reducción de los plazos del PLIC a veinticinco años, supresión de la clasificación ope legis y desclasificación programada de documentos anteriores a 1990 (P.13); notificación posterior a los afectados por vigilancia del CNI (P.14); órgano parlamentario de inspección efectiva de los servicios de inteligencia y control económico externo de los gastos reservados (P.15); ampliación del tipo del art. 198 CP a las actuaciones de inteligencia sin autorización judicial previa (P.16); creación del Special Advocate y notificación diferida a los interesados de la clasificación de documentos que les afectan (P.17).

P.18 a P.22 (Derechos fundamentales en sentido estricto): modificación del artículo 35 LPACAP para exigir motivación inteligible de las decisiones administrativas adoptadas con asistencia de inteligencia artificial (P.18); incorporación al RGPD del derecho a la no-datificación como categoría autónoma (P.19); prohibición absoluta del uso de tecnologías de lectura o extracción de datos cerebrales con fines incriminatorios en la LECrim, elevando el silencio mental a contenido esencial del *nemo tenetur* (P.20); reforma constitucional del artículo 62.i con introducción de un artículo 62.i bis que regule la amnistía con las garantías de la Comisión de Venecia (P.21); reforma del artículo 53.2 de la Constitución para suprimir el ámbito del recurso de amparo en sede del Tribunal Constitucional y devolver a la jurisdicción ordinaria la tutela específica de los derechos fundamentales (P.22).

Veinte de estas veintidós propuestas son abordables por el legislador ordinario u orgánico; las dos restantes —la del artículo 62.i bis sobre amnistía (P.21) y la P.22 sobre el amparo del artículo 53.2 CE— exigen reforma constitucional. Todas encuentran respaldo en el consenso doctrinal de las personas que han analizado estos problemas con rigor y sin concesiones a los intereses del poder. Y todas esperan la voluntad política que las materialice.⁴⁰⁴

5. El Derecho como arte de distinguir los silencios

Si hubiera que sintetizar en una sola frase la lección más importante que este discurso ha intentado transmitir, sería esta: el Derecho es el arte de distinguir los silencios.

De saber cuándo el silencio del contratante es una declaración de voluntad que produce efectos y cuándo no lo es. De saber cuándo el silencio de la Administración debe interpretarse como acto presunto positivo y cuándo como mera ficción que abre el recurso. De saber cuándo el silencio del imputado puede ser valorado como indicio y cuándo es un derecho que prohíbe extraer de él ninguna conclusión. De saber cuándo el silencio del Estado ante una práctica internacional consolida una norma consuetudinaria y cuándo simplemente refleja falta de interés o capacidad de respuesta. De saber cuándo el silencio del trabajador ante el acoso de su compañero es miedo comprensible y cuándo es complicidad moralmente inaceptable. De saber cuándo el silencio de la Constitución sobre una institución es apertura hermenéutica y cuándo es una exclusión que la lógica del sistema impone.

Esta distinción no es mecánica. No hay un algoritmo que permita determinar, con independencia del contexto, qué tipo de silencio se tiene ante los ojos y qué consecuencias debe producir. La distinción es un juicio: el juicio del jurista que conoce las normas aplicables pero también los principios que las animan, que entiende las expectativas razonables de las partes pero también las asimetrías de poder que las condicionan, que respeta la letra de la ley pero también sabe cuándo la letra de la ley, aplicada mecánicamente, traiciona el espíritu que la alentó.

6. LIBERTAD, IGUALDAD, FRATERNIDAD: el programa jurídico que no caduca

Si hubiera que resumir en tres palabras lo que este discurso defiende cuando denuncia el silencio del poder y reivindica el silencio del ciudadano, esas

palabras serían las mismas que la Revolución francesa grabó en los frontones de sus edificios públicos y que el tiempo, pese a sus empeños, no ha podido desgastar: LIBERTAD, IGUALDAD, FRATERNIDAD. No como eslogan; como programa jurídico.

La LIBERTAD es el derecho a callar cuando el poder exige que se hable: el derecho al silencio del imputado, el derecho a la desconexión digital del trabajador, el derecho al silencio ambiental del ciudadano en su hogar. Pero es también el derecho a hablar cuando el poder prefiere el silencio: el derecho a acceder a los documentos clasificados, el derecho a conocer las razones de la Administración que no ha resuelto, el derecho a saber qué hicieron en nuestro nombre quienes nos gobernaban. La libertad, en el Derecho, es siempre doble: derecho a callar y derecho a que nos dejen callar; derecho a hablar y derecho a que no nos impongan el silencio.

La IGUALDAD es la exigencia de que el silencio no sea un privilegio ni una condena selectiva. El poder que clasifica sus crímenes mientras exige transparencia a los ciudadanos no practica la igualdad: practica la impunidad. El empleador que construye el aislamiento del trabajador indeseable mientras invoca la libertad de organización empresarial no practica la igualdad: practica el abuso. La igualdad ante el silencio —igual derecho a guardarlo cuando es legítimo e igual deber de romperlo cuando es inaceptable— es una de las medidas más precisas del estado real de un ordenamiento jurídico.

La FRATERNIDAD es la más olvidada de las tres y, en el contexto de este discurso, quizás la más necesaria. Es el silencio cómplice que no podemos aceptar: el que guarda quien ve el acoso y calla, el que guarda quien conoce la corrupción y calla, el que guarda quien podría hablar en defensa del más débil y prefiere la comodidad del mutismo. La fraternidad no es un valor sentimental: es una exigencia jurídica cuando se traduce en la obligación de denunciar, en el deber de informar, en la responsabilidad de quien tiene el conocimiento y la posición para que su silencio sea cómplice. Martin Luther King lo formuló con la precisión que ningún texto jurídico ha mejorado: «No me preocupa tanto la gente mala como el espantoso silencio de la gente buena».⁴⁰⁵

Estos tres valores no están fuera del Derecho: están en su fundamento. Y un discurso sobre el silencio en el Derecho que no los nombrara habría incurrido, él mismo, en el silencio más injustificable.

7. La ética de la abogacía y el silencio

Hay una dimensión de este discurso que no puede quedar en el plano de la teoría jurídica: la que toca directamente al ejercicio de la abogacía. Al ejercicio de la profesión que el autor ha practicado durante décadas y que, en su dimensión más profunda, es una profesión del silencio tanto como del discurso.

El abogado que conoce la verdad y no puede decirla en el proceso porque el cliente así lo ha decidido vive uno de los silencios más difíciles de la profesión. El abogado que debe callar lo que sabe para proteger al que le confió su secreto ejerce una de las formas más antiguas y más necesarias del silencio jurídico: el secreto profesional, que no es un privilegio del abogado sino un derecho del cliente y una condición de la confianza que hace posible la defensa.⁴⁰⁶

Pero el abogado no es solo guardián del secreto: es también testigo del silencio ajeno. El cliente que calla lo que debería decir para que su defensa sea efectiva. El ciudadano que no reclama lo que le corresponde porque no sabe que puede hacerlo. El trabajador que soporta el acoso porque no conoce sus derechos. El contribuyente que paga lo que no debe porque nadie le explicó que podía negarse a colaborar en su propia incriminación.

La ética de la abogacía es, en su esencia, la ética del que rompe esos silencios: el que dice al cliente lo que puede alegar, al trabajador lo que puede reclamar, al ciudadano lo que puede exigir. No el que habla en lugar del cliente —eso sería paternalismo—, sino el que da al cliente la información que le permite hablar por sí mismo con conocimiento de causa. La función más importante del abogado no es ganar pleitos: es decirle al cliente qué pleito puede ganar y por qué, y cuándo es mejor callar y cuándo es mejor hablar, y cuándo el silencio le protege y cuándo le daña.⁴⁰⁷

8. Un final que es un principio

Wittgenstein cerró su *Tractatus Logico-Philosophicus* con la advertencia de que «sobre lo que no se puede hablar, hay que guardar silencio». La advertencia es filosóficamente rigurosa: hay límites del lenguaje que la filosofía no puede traspasar sin caer en el sinsentido. Pero el Derecho no tiene ese lujo. El Derecho tiene que hablar sobre todo lo que afecta a los derechos y a las obligaciones de las personas, incluido lo que no se dice. No puede guardar silencio sobre el silencio, porque si lo hace, deja sin respuesta a quien más necesita una.

Si hay una idea que merece quedarse en el lector —en el académico, en el magistrado, en el abogado, en el estudiante, en el ciudadano que ha llegado hasta estas páginas con la paciencia que solo la curiosidad por las cosas importantes es capaz de sostener— es esta: el silencio no es la nada. Es presencia, a su manera. Es comunicación, a su manera. Es, con frecuencia, poder —el poder del que calla cuando debería hablar, o del que habla cuando el otro necesita callar. Y comprenderlo —en su densidad jurídica, en su complejidad moral, en su riqueza hermenéutica— es una de las tareas más importantes y más descuidadas que el Derecho tiene pendientes.

El silencio nunca ha sido la nada. Nunca lo será.

NOTAS

- [401] El camino de Portillo de San Antonio era una vía que discurría entre banales. Arrancaba de la calle de la Acequia (hoy Acisclo Díaz), con los edificios del antiguo Manicomio y de otro perteneciente al Colegio de los Maristas —ambos desaparecidos—, pasaba junto al Club de Tenis y al Asilo de ancianos y conducía hasta la Cárcel, confluyendo en la que hoy es Avda. Miguel Primo de Rivera.
- [402] La tricotomía silencio-garantía / silencio-declaración / silencio-constitutivo fue formulada en la Introducción General de este discurso y verificada en cada una de las once Partes anteriores. Su fundamento teórico inicial en CLEMENTE DE DIEGO, F., *op. cit. supra* nota 18, y su desarrollo sistemático en los sectores del ordenamiento son la aportación dogmática central de esta investigación.
- [403] La quintología del secreto jurídico fue formulada en la Introducción General y verificada en la Parte Décima. Sobre la confusión entre los cinco tipos como patología del ordenamiento, *vid. supra* Parte Décima, sección VIII.
- [404] Las veintidós propuestas se formulan con detalle en las Partes correspondientes: P.1-P.4 en la Parte Tercera; P.5-P.7 en la Parte Cuarta; P.8-P.12 en las Partes Tercera, Primera (P.9), Quinta, Octava y Segunda; P.13-P.17 en la Parte Décima; P.18-P.20 en la Parte Undécima; P.21 en la Parte Séptima y P.22 en la Parte Decimocuarta. Todas han sido objeto de análisis jurídico riguroso en sus respectivos contextos sectoriales.

- [405] KING, M.L., «Letter from Birmingham Jail», 16 de abril de 1963, en *Why We Can't Wait*, Penguin Books, Nueva York, 1964. La cita es de la versión española: «Carta desde la cárcel de Birmingham», en HARDING, V. (ed.), *Martin Luther King: testimonio y legado*, Sígueme, Salamanca, 1983, pág. 67. Sobre la fraternidad como exigencia jurídica, CORTINA, A., *Ética de la razón cordial*, Nobel, Oviedo, 2007.
- [406] Sobre el secreto profesional del abogado como derecho del cliente y condición de la defensa, Código Deontológico de la Abogacía Española, aprobado por el Consejo General de la Abogacía Española el 6 de marzo de 2019, art. 5 (Secreto profesional y confidencialidad). RICHARD GONZÁLEZ, M., «El secreto profesional del abogado y su valor como prueba en el proceso penal», *La Ley Penal*, núm. 89 (2011), págs. 1-18.
- [407] Sobre la función del abogado como intérprete del silencio ajeno en el proceso y fuera de él, ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 4.^a ed., Ariel, Barcelona, 2012, págs. 234-250. La función del abogado no es hablar en lugar del cliente sino darle la información que le permite hablar por sí mismo: esta tesis conecta directamente con el principio *nemo tenetur*, que protege el derecho a callar, y con el principio de publicidad democrática, que protege el derecho a saber.

PARTE DECIMOCUARTA

EL SILENCIO DESPUÉS DEL DERECHO: ARENDT, CANETTI, FOUCAULT, DERRIDA, AGAMBEN

1. Justificación: por qué después del Derecho

Hay un momento, en toda investigación seria, en que el investigador descubre que la disciplina desde la que ha venido trabajando le es insuficiente para sostener lo que ha venido afirmando. No porque la disciplina sea defectuosa, sino porque las verdades que la sostienen no pertenecen a ella: pertenecen a otra región del pensamiento que aquella disciplina presupone sin nombrar. La dogmática jurídica, que las trece Partes anteriores han desplegado con la disciplina que el género académico exige, descansa sobre fundamentos que la dogmática misma no puede formular: sobre una determinada idea de la persona, sobre una determinada concepción del poder, sobre una determinada relación entre la palabra y el sujeto que la pronuncia o la calla. Esas ideas, esas concepciones, esas relaciones son materia filosófica. Y un discurso sobre el silencio que callara sobre ellas habría incurrido —parafraseando la advertencia que la Parte Decimotercera dirigió al *Tractatus*— en el silencio más injustificable de todos: el silencio sobre los presupuestos de la propia argumentación.⁴⁰⁸

La Parte Primera de este discurso situó el silencio antes del Derecho: como fenómeno humano universal, lingüístico, antropológico, espiritual, anterior a cualquier regulación normativa. Esa anterioridad es —se dijo entonces— la condición de posibilidad de toda dogmática del silencio, porque regular lo que no se comprende es uno de los modos más eficaces de regularlo mal. La Parte Decimocuarta cierra el arco situando ahora el silencio después del Derecho. No después en sentido cronológico —el silencio filosófico es contemporá-

neo de cualquier momento del Derecho que pretenda pensarse a sí mismo—, sino después en sentido lógico y axiológico: la reflexión que viene cuando la dogmática ha hecho su trabajo y necesita responder por los fundamentos sobre los que ha edificado. Lo que en la Primera Parte se mostró como antesala lingüística y antropológica del Derecho, en la Decimocuarta se asume como horizonte filosófico desde el que el Derecho se comprende a sí mismo. La simetría es deliberada y, si se la mira con atención, también necesaria: un discurso sobre el silencio que se limitara a la dogmática habría dejado fuera precisamente aquello que hace que la dogmática merezca la pena.

Cinco voces de la filosofía contemporánea han pensado el silencio —o, con mayor exactitud, los fenómenos de los que el silencio jurídicamente relevante es tributario: el escondrijo, el secreto, la confesión, el testimonio, la excepción— con una intensidad y una densidad que ninguna otra tradición ha alcanzado en los últimos cien años: Hannah Arendt, Elias Canetti, Michel Foucault, Jacques Derrida y Giorgio Agamben.⁴⁰⁹ Cinco voces distintas, escritas en lenguas distintas —el alemán de la diáspora centroeuropea en Arendt y en Canetti, el francés del estructuralismo y del posestructuralismo en Foucault y en Derrida, el italiano de la filosofía política contemporánea en Agamben—, formadas en tradiciones distintas y, en ocasiones, enfrentadas entre sí. Cinco voces que coinciden, sin embargo, en algo decisivo para el jurista: en haber pensado el silencio como un fenómeno simultáneamente antropológico, político y normativo, en una densidad que el lenguaje técnico de la dogmática no alcanza por sí mismo y que, sin embargo, necesita escuchar si quiere comprender lo que hace cuando regula. La elección de estas cinco voces y no de otras posibles —Wittgenstein, Heidegger, Levinas, Habermas, Ricoeur, Sloterdijk— no obedece a un criterio de exhaustividad sino de pertinencia: son las cinco que han pensado el silencio en su dimensión específicamente jurídico-política, las cinco que el material analizado en las Partes anteriores ha venido reclamando sin nombrarlas.⁴¹⁰

Esta Parte no pretende exponer su pensamiento global —cada una de las cinco voces ha generado una literatura secundaria que llenaría varias bibliotecas universitarias—, sino destilar de ellas aquello que ilumina las categorías que las Partes anteriores han manejado: la tricotomía del silencio, la quintología del secreto, las trece tensiones sistémicas que la dogmática española ha generado por exceso de silencio normativo. Cada una de las cinco voces será convocada, en la sección que le es propia, para que pronuncie aquello que tiene que decir sobre el silencio jurídico tal como este discurso lo ha venido analizando. No para añadir

un dato erudito ni para legitimar la dogmática por referencia a la filosofía —ese gesto, frecuente en la academia, es siempre sospechoso—, sino porque el problema del silencio jurídicamente relevante no termina de comprenderse hasta que se ha situado en el horizonte filosófico que lo sostiene.⁴¹¹

Tres hilos atraviesan, en la lectura que aquí se propone, las cinco voces y las once Partes dogmáticas que las preceden, hilos que la sección VII recogerá explícitamente. La asimetría: todo régimen jurídico del silencio regula, en último término, una asimetría de información, y la posición que cada parte ocupa en esa asimetría —imputado o instructor, paciente o médico, ciudadano o Administración, usuario o plataforma— determina si el silencio juega como escudo o como cómplice. La mediación técnica: las viejas categorías nacieron suponiendo cuerpos copresentes y soportes tangibles, y hoy se aplican a flujos digitales que las desbordan en planos que la Parte Undécima ha explorado y que la Decimocuarta deberá traducir filosóficamente. La doble cara del secreto: cada institución protege un escondrijo legítimo y, llevada al exceso, ampara una impunidad o produce un abandono, y el oficio del jurista consiste, situadamente, en discernir cuál es cuál. Los tres hilos no son tres tesis filosóficas proyectadas sobre el material: son tres lecturas que el material exige cuando se lo observa con la atención que la filosofía contemporánea ha aprendido a ejercer.⁴¹²

La Parte Decimocuarta es, en este sentido, una coda con desarrollo. No repite lo que las once Partes dogmáticas y la Decimotercera de síntesis han establecido —ese repaso sería tedioso y, sobre todo, redundante—, sino que retoma sus materiales en una clave nueva. La clave que permite responder a una pregunta que el discurso, hasta aquí, ha esquivado por imperativo de método pero que un trabajo serio sobre el silencio no puede dejar sin respuesta: por qué importa todo esto. No qué dicen las normas sobre el silencio —eso lo han dicho las Partes anteriores—, sino por qué el ordenamiento que las dicta es civilizatoriamente importante, qué tipo de persona presupone, qué tipo de poder limita, qué tipo de relación entre los hombres protege. La respuesta a esa pregunta no es jurídica. Es filosófica. Y por eso este discurso —que comenzó hablando del silencio antes del Derecho— termina hablando del silencio después del Derecho.

2. Hannah Arendt: el escondrijo de la persona

Hannah Arendt no escribió un tratado sobre el silencio. La razón es que no necesitaba escribirlo: el silencio recorre su pensamiento como una de sus líneas

de fuerza más persistentes, articulada siempre alrededor de una topología precisa —la del espacio público y el espacio privado, la del exterior y el interior del sí mismo— que la dogmática jurídica del silencio reproduce sin saberlo. Esa anterioridad de la filosofía con respecto a la dogmática no es casual. Arendt vivió en su propia carne lo que significa que un Estado expulse a sus ciudadanos del ámbito común sin necesidad de matarlos —Königsberg, Berlín, París, Nueva York; el internamiento en Gurs en 1940; la apatridia hasta 1951— y aprendió en el exilio que sin un reducto privado bien resguardado el espacio público se vacía y se vuelve insostenible. La pensadora del totalitarismo y de la condición humana es también, por necesidad biográfica, una pensadora del escondrijo que la persona necesita para seguir siéndolo.⁴¹³

El gesto inaugural de *La condición humana*, publicada en 1958, recupera la distinción griega entre el *oikos* y la *polis*, entre el ámbito de lo doméstico —de la necesidad, de la vida biológica, de lo oculto— y el ámbito de la aparición pública, donde uno se muestra mediante el discurso y la acción. Pero el gesto decisivo de Arendt no es la simple recuperación filológica: es la inversión de la jerarquía moderna. Donde la modernidad había visto en lo público el ámbito noble y en lo privado el ámbito subordinado, Arendt sostiene que sin un recinto privado bien resguardado el espacio público se vacía. Hay realidades, escribe, que se marchitan a la luz: el amor, que es no-mundano y se destruye al ser exhibido; la bondad, que en cuanto se hace ver deja de ser buena —y aquí recupera el Sermón de la Montaña—; la propia interioridad, que necesita penumbra para constituirse.⁴¹⁴

La consecuencia para una teoría jurídica del silencio es directa y no trivial. El Derecho que protege el escondrijo —la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, el secreto profesional, la protección de datos en su núcleo duro— no protege una concesión que el ordenamiento liberal hace al individuo. Protege una condición antropológica de la persona, sin la cual la persona no puede aparecer luego en el espacio público como ciudadano que delibera y decide. El artículo 18 de la Constitución española no garantiza un capricho privacista: garantiza la zona de penumbra donde el sujeto se constituye como tal. La sentencia *Niemietz c. Alemania* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 16 de diciembre de 1992, lo intuyó con precisión cuando extendió la protección del domicilio al despacho profesional, ampliando el reducto del *oikos* para acomodar las formas modernas en que la vida privada se prolonga; la sentencia *S. y Marper c. Reino Unido*, de la Gran Sala, de 4 de diciembre de 2008, lo confirmó cuando declaró desproporcionada la

conservación indefinida de perfiles biométricos de personas no condenadas, defendiendo el escondrijo corporal del ciudadano que la técnica amenazaba con extinguir.⁴¹⁵

Arendt distingue —sobre todo en las páginas finales de *Los orígenes del totalitarismo*—, en una formulación que ha hecho fortuna y que conviene retener, tres condiciones del sí mismo que la modernidad tiende a confundir: la soledad fértil, el aislamiento empobrecedor y la desolación destructiva.⁴¹⁶ La soledad —*solitude* en la versión inglesa, *Einsamkeit* en la alemana— es el dos-en-uno del pensar que viene de Sócrates y de Platón: la conversación silenciosa del yo consigo mismo que requiere retirarse del mundo sin abandonarlo, y que es precisamente el órgano en que se constituyen las decisiones morales. El aislamiento es la pérdida de la capacidad de actuar en común. Y la desolación —*Verlassenheit*— es la peor: ser abandonado incluso por uno mismo, no poder ya entablar el diálogo interior, perder la voz silenciosa que es la condición misma de la conciencia.

Esa última figura es la que Arendt diagnosticó a propósito de Eichmann como la condición de posibilidad del mal moderno: Eichmann no era un monstruo, era un hombre que había dejado de entablar el diálogo silencioso consigo mismo —una idea que ella desarrollaría más tarde, ya fuera del reportaje de 1963, en *La vida del espíritu*—. De ahí —y esto es lo que conviene retener para el jurista— se sigue una conclusión moral fuerte: el silencio interior, lejos de ser pasividad o ausencia, es el órgano mismo de la conciencia. Sin ese silencio fértil, la voz exterior —la del régimen, la del lugar común, la del eslogan, la del algoritmo que recomienda— ocupa todo el lugar. Un Derecho que no protege la zona en que ese silencio puede ejercerse —que tolera la sobreestimulación informativa, la transparencia obligatoria, la confesión continua del usuario digital— no protege solo una preferencia individual: socava la condición misma de que existan sujetos morales capaces de obedecer o desobedecer con conciencia.⁴¹⁷

La tricotomía del silencio que la Parte Decimotercera ha codificado encuentra aquí su primer respaldo filosófico. El silencio-garantía es, en clave arendtiana, la protección institucional de la soledad fértil: la garantía de que el sujeto pueda retirarse del flujo continuo del decir obligatorio para entablar consigo mismo el diálogo silencioso en que se forman las decisiones. El silencio-declaración es, en esa misma clave, el reconocimiento de que el sujeto se manifiesta también cuando no habla, porque el escondrijo no es una caja sellada sino una zona de tránsito entre el adentro y el afuera, donde la voluntad

se va perfilando antes de pronunciarse. Y el silencio-constitutivo es, en última instancia, la asunción jurídica de que el tiempo de la persona no es el tiempo del Estado, y que el ordenamiento debe respetar las cadencias del sí mismo antes de imponerle las suyas. Las tres formas del silencio que la dogmática ha aislado son, vistas desde Arendt, tres modulaciones de una misma exigencia antropológica: que el sujeto disponga del espacio y del tiempo necesarios para constituirse como persona antes de aparecer como parte de un proceso.⁴¹⁸

3. Elias Canetti: el secreto del soberano

Si Arendt sitúa el silencio del lado del sujeto —como interioridad que hay que proteger—, Elias Canetti lo sitúa del lado del poder, como su instrumento más eficaz y más temible.⁴¹⁹ Donde Arendt funda antropológicamente el escondrijo, Canetti desenmascara el secreto del poderoso. Las dos voces se complementan exactamente: leer a uno sin el otro deja el cuadro a medias.

La obra de referencia es *Masa y poder*, publicada en 1960, en la que Canetti trabajó durante casi treinta años y que se resiste a las clasificaciones académicas porque es a la vez tratado de antropología, de filosofía política y de psicología, atravesado por una imaginación casi mitológica. El secreto ocupa allí un lugar central, y conviene reconstruirlo por capas. La tesis canettiana fundamental podría formularse así: el poder es, en su núcleo, secreto, y se ejerce mediante una asimetría radical de información. El poderoso ve sin ser visto, sabe sin dejarse saber, escucha sin hablar. El súbdito, en cambio, está obligado a la transparencia: debe declarar, exponerse, mostrarse. Canetti escribe páginas memorables sobre el acechar y el aguardar como gestos primordiales del poder: el déspota se parece al felino que espera inmóvil en la sombra, y cuanto más quieto y más silencioso, más temible. El secreto no es un accesorio del poder; es su sustancia misma.⁴²⁰

De aquí se sigue una fenomenología del interrogatorio que la dogmática del *nemo tenetur* captura sin nombrarla. Canetti dedica un análisis muy fino a la pregunta como acto de poder. Preguntar es invadir: cada pregunta es una intrusión que obliga al otro a abrirse, a entregar algo de sí. Quien pregunta no se compromete, quien responde se expone. Por eso el interrogatorio judicial o policial reproduce, en clave institucional, la asimetría primordial del poder, y la garantía del silencio del imputado interrumpe esa asimetría en su origen mismo. Las sentencias del TEDH que esta Parte ha citado en otras conexiones —*Funke c. Francia* de 25 de febrero de 1993, *Saunders c. Reino Unido* de la Gran

Sala de 17 de diciembre de 1996, *Jalloh c. Alemania* de la Gran Sala de 11 de julio de 2006— no son tres pronunciamientos técnicos sobre el alcance del artículo 6 del Convenio: son tres traducciones jurisprudenciales de la intuición canettiana fundamental, según la cual el sujeto sometido a interrogatorio sin garantías es ya un sujeto vencido antes de ser juzgado.⁴²¹

Hay un segundo nivel canettiano que conviene retener: el del mando y su relación con el silencio. El mando, dice Canetti, deja en quien lo recibe un aguijón que no se disuelve nunca, una huella que solo encuentra alivio cuando se transmite a otro. Y el mando funciona mejor cuanto menos se discute, cuanto más rodeado está de silencio reverencial. Las jerarquías se sostienen, en esta lectura, por una cadena de silencios obedientes: nadie pregunta hacia arriba, todos callan hacia abajo. Esto explica por qué los secretos institucionalizados —el secreto de Estado, el secreto administrativo, el corporativismo del cuerpo judicial o médico— no son meras técnicas neutras de funcionamiento: son dispositivos que reproducen estructuras de poder, y solo se justifican cuando hay un control efectivo —externo, parlamentario, judicial— que rompe la cadena del silencio obediente.⁴²²

Bobbio formuló la consecuencia política con la concisión que le era propia: la democracia es el gobierno del poder público en público.⁴²³ La Parte Décima de este discurso ha desarrollado el alcance de esa fórmula y la Parte Decimotercera la ha codificado en la quintología del secreto. Léase ahora desde Canetti: la quintología no es una enumeración de cinco tipos de secreto coordinados en el mismo plano, sino una jerarquía implícita en la que los dos primeros —secreto de Estado y secreto de inteligencia— son canettianos por excelencia, secretos del poder que requieren contrapesos institucionales reforzados; el tercero —secreto de las comunicaciones— y el cuarto —protección de datos personales— son arendtianos en su núcleo, escondrijos del sujeto frente al poder; y el quinto —secreto empresarial— ocupa una posición intermedia en la que la legitimidad económica se cruza con el riesgo canettiano de que la opacidad corporativa funcione como secreto de poder bajo otra forma.⁴²⁴

El tercer elemento canettiano, casi profético, es el que conviene retener para la Parte Undécima y para la decimotercera tensión sistémica. Canetti escribió, en los años cincuenta, que en su época los secretos se habían vuelto más densos y más letales que nunca, porque la concentración de saber técnico —pensaba sobre todo en el átomo— había puesto la supervivencia de la humanidad en manos de un puñado de hombres que custodiaban información incomprensible para todos los demás. Aquella observación, hecha en clave nuclear,

se aplica con escalofriante puntualidad a nuestro presente algorítmico: los modelos cerrados, los códigos propietarios, las decisiones automatizadas cuya lógica es opaca incluso para quienes las despliegan. El soberano canettiano del siglo XXI no es ya un déspota humano: es una caja negra computacional, y la asimetría que él diagnosticaba como inherente al poder se ha multiplicado en planos que el análisis político clásico no estaba preparado para reconocer. La propuesta P.18 de este discurso —la reforma del artículo 35 LPACAP para exigir motivación inteligible de las decisiones administrativas adoptadas con asistencia de IA— es, leída desde Canetti, la consecuencia jurídica obligada de su diagnóstico antropológico.⁴²⁵

4. Michel Foucault: la incitación al decir

Foucault es, de las cinco voces, el más perturbador para una teoría liberal del silencio. Donde Arendt funda el escondrijo y Canetti denuncia el secreto del poder, Foucault viene a decirnos algo más incómodo: que la propia exigencia de hablar, de confesar, de volcarse hacia afuera, es ya un dispositivo de poder —quizá el más sofisticado que Occidente haya producido—. El silencio, en su lectura, no es solo defensa o dominación: es también aquello que el poder moderno se esfuerza incansablemente por extraer, convirtiendo la palabra obligada en su materia prima.⁴²⁶

El texto canónico es *Historia de la sexualidad I. La voluntad de saber*, publicada en 1976, aunque la cuestión atraviesa también *Vigilar y castigar* y los cursos del Collège de France. Foucault arranca de una constatación contraintuitiva: la modernidad no ha sido una era de represión del discurso —la «hipótesis represiva» que él desmuela—, sino, al contrario, una era de incitación generalizada al discurso, una multiplicación sin precedentes de los lugares y los procedimientos donde el sujeto es invitado, persuadido u obligado a hablar de sí. Y el modelo matriz de todos esos procedimientos es uno: la confesión. La confesión, dice Foucault, fue durante siglos un sacramento, una práctica circunscrita al confesionario y a las técnicas pastorales del cristianismo medieval, sobre todo después del IV Concilio de Letrán de 1215, que la hizo obligatoria al menos una vez al año. Pero a partir del siglo XVII y, decisivamente, del XIX, ese dispositivo se desborda del marco religioso y se infiltra en todas las prácticas sociales: la medicina, la psiquiatría, la pedagogía, la criminología, la justicia, la cultura terapéutica y mediática, y hoy —un terreno que Foucault no alcanzó a ver, pero sobre el que su análisis se proyecta con exactitud— las

plataformas digitales, donde el sujeto se confiesa sin ser interrogado, voluntariamente, por puro hábito, dejando rastro continuo. Occidente, dice Foucault con una frase que se ha vuelto célebre, se ha convertido en una sociedad singularmente confesante.⁴²⁷

Lo decisivo de su análisis para una teoría jurídica del silencio —y lo que la dogmática liberal del *nemo tenetur* no termina de asumir— es la inversión de la relación entre verdad y poder que la confesión opera. En el modelo clásico, la verdad la posee el poderoso y la oculta: el súbdito debe arrancársela. En el modelo confesional, la verdad reside en el más débil —en el penitente, en el paciente, en el imputado, en el alumno, en el usuario—, pero solo se valida cuando es enunciada ante una instancia que escucha, interpreta, descifra y juzga. El poder ya no se ejerce ocultando lo que sabe, sino administrando la palabra del otro, decidiendo qué de lo dicho cuenta como síntoma, como prueba, como signo de normalidad o anomalía. El sujeto moderno se constituye hablando de sí, y al hacerlo se entrega a los procedimientos que lo clasifican. El derecho al silencio del imputado, leído en clave foucaultiana, deja de ser una mera garantía técnica o un escudo procesal contra la coacción: es un acto de resistencia frente a un dispositivo civilizatorio que durante siglos ha educado al sujeto para que se confiese. El imputado que calla no solo se ampara contra la autoincriminación: resquebraja el guion. Por eso —observa Foucault— las instituciones detestan el silencio del confesante y han desarrollado innumerables técnicas para vencerlo: la pregunta capciosa, la sugestión, el examen pericial que habla en lugar del callado, el expediente que reconstruye lo que el sujeto no quiso decir. El silencio nunca es aceptado como respuesta plena: siempre es interpretado, llenado, sustituido.⁴²⁸

La doctrina *Murray* del TEDH —la admisión de inferencias adversas del silencio en circunstancias acotadas, formulada en la sentencia de 8 de febrero de 1996 y desarrollada en *Condron y Beckles*— aparece, vista desde Foucault, bajo una luz especialmente clara. No es una concesión técnica al pragmatismo procesal: es la presión del dispositivo confesional sobre el reducto que el *nemo tenetur* había arrancado. El silencio que la garantía protege es el silencio que la civilización confesional no soporta, y la doctrina de las inferencias adversas es el modo en que el dispositivo intenta recuperar, por la puerta de atrás, lo que la doctrina le había sustraído por la principal. La propuesta P.1 de este discurso —la codificación del *nemo tenetur* con reserva orgánica en la LECrim, sin admisión de inferencias adversas en el estándar absolutista del Estatuto de Roma o, alternativamente, codificación

orgánica del estándar *Murray* con todos sus presupuestos— es la respuesta dogmática a esa presión confesional, y su fundamento filosófico no es solo el del Derecho liberal clásico, sino también el del análisis foucaultiano que ese Derecho liberal no había sabido nombrar.⁴²⁹

Hay un segundo desplazamiento foucaultiano que conviene retener para la Parte Undécima. Si la confesión opera tradicionalmente mediante la palabra del sujeto, la modernidad biopolítica ha encontrado un atajo: el cuerpo y sus rastros digitales hablan en lugar del callado. En *Vigilar y castigar* Foucault mostró cómo el cuerpo del delincuente pasó de ser superficie de suplicio público a ser objeto de examen meticuloso —el expediente, la observación carcelaria, el informe psiquiátrico—. Hoy el cuerpo digital prolonga ese examen: las huellas dactilares, el ADN, la biometría facial, los registros de movimiento del móvil, los patrones de tecleo, los metadatos. La sentencia *S. y Marper*, ya citada, marca el límite que el Derecho europeo ha intentado poner a esa expansión, pero el problema estructural permanece: cuando el dato biométrico y el rastro digital pueden reconstruir la verdad sobre el sujeto sin pasar por su palabra, la garantía del silencio sobrevive como letra y se vacía como práctica. La propuesta P.19 sobre el derecho a la no-datificación —desarrollada en la Parte Undécima— recibe aquí su respaldo filosófico: lo que protege no es solo un derecho subjetivo, sino el residuo de palabra propia que la civilización confesional aún no ha conseguido sustituir por el dato.⁴³⁰

Hay un último hilo foucaultiano que conviene mencionar y que la Parte Decimotercera ha invocado sin nombrarlo. En sus últimos cursos —*La hermenéutica del sujeto*, *El gobierno de sí y de los otros*, *El coraje de la verdad*—, Foucault dio un giro inesperado y redescubrió, en el mundo grecorromano, una práctica de la palabra muy distinta de la confesión cristiana: la *parresía*, el decir-verdad valiente, el hablar franco del filósofo o del ciudadano que dice al poder lo que el poder no quiere oír, asumiendo el riesgo. La *parresía* no es confesión arrancada: es palabra libre dada. Y su condición de posibilidad —Foucault no lo dice así, pero se sigue de su análisis— es justamente un silencio anterior bien guardado: solo quien ha sido dueño de su silencio puede después ser dueño de su palabra. El callar y el hablar libres son dos caras del mismo gesto soberano del sujeto. La protección del *whistleblower*, la garantía del secreto periodístico y de las fuentes, la independencia del juez frente al poder político y mediático son, en esta lectura, condiciones institucionales de la *parresía* contemporánea: protegen el lugar desde el que un ciudadano puede decir al poder lo que el poder no quiere oír sin que esa palabra sea reabsorbida por el dispositivo confesional.⁴³¹

5. Jacques Derrida: el secreto irreductible

Derrida lleva el problema del secreto a su punto de mayor incandescencia conceptual, y es también el de los cinco que más resiste cualquier instrumentalización jurídica fácil.⁴³² Si Arendt protege el escondrijo, Canetti denuncia el secreto del poder y Foucault desconfía de la confesión, Derrida hace algo distinto y más radical: piensa el secreto como una estructura irreductible, como aquello que no se puede ni desvelar ni suprimir sin destruir al mismo tiempo la posibilidad de la singularidad, de la responsabilidad y, en último término, de la democracia.

Los textos donde la cuestión se condensa son cuatro. *Donner la mort*, publicado en 1992, donde, comentando a Patočka y a Kierkegaard, Derrida elabora la figura del secreto absoluto a partir del sacrificio de Isaac. *Passions*, de 1993, donde aparece la fórmula *il y a du secret* —«hay secreto», pero con un partitivo intraducible que evita decir «hay un secreto», como si se tratara de un contenido localizable—. *Mal d'archive*, de 1995, sobre lo que el archivo retiene y lo que retira. Y los diálogos con Maurizio Ferraris recogidos en *Il gusto del segreto*, de 1997, que son probablemente la entrada más accesible al planteamiento.⁴³³

El gesto inicial de Derrida es distinguir tajantemente entre dos conceptos que el lenguaje corriente —y, podría añadirse, el Derecho— tiende a confundir: el secreto y lo privado. Lo privado es relativo, contingente, jurídicamente regulable: es lo que por convención, por circunstancia o por norma se sustrae a la mirada pública, pero que en principio podría revelarse. La intimidad del domicilio, los datos personales, la correspondencia son zonas de privacidad, y el Derecho hace bien en protegerlas. Pero no son, en sentido estricto, secretos derridianos. El secreto propiamente dicho es otra cosa: es aquello que, aun queriendo decirse, no puede ser dicho sin dejar de ser lo que es. No porque esté prohibido decirlo, sino porque su estructura misma se resiste a la traducción en discurso compartido. Hay un secreto que es secreto sin contenido, dice Derrida, un secreto que no es la ocultación de algo decible sino la marca de una singularidad irreductible.⁴³⁴

Esto suena abstracto, pero se aclara con el comentario derridiano a Kierkegaard. Abraham camina hacia el monte Moria con Isaac. No puede decirle a nadie —ni a Sara, ni a Isaac, ni a los criados— qué va a hacer ni por qué. No porque tenga prohibido hablar, sino porque lo que le ha sido pedido es de tal naturaleza que cualquier traducción al lenguaje ético común lo traicionaría: si Abraham explica, su acto se convierte en un asesinato calificado; solo perma-

neciendo en el secreto absoluto puede ser lo que es, una relación singular con lo absolutamente otro. Derrida extrae de aquí una tesis general: toda relación auténtica con el otro —con cada otro, *tout autre est tout autre*, otra fórmula intraducible— comporta un núcleo de secreto que es imposible socializar. La singularidad es secreta o no es. Una sociedad que pretendiera abolir todo secreto —que exigiera transparencia total— estaría aboliendo, junto con la opacidad, la posibilidad misma de la responsabilidad ética, que siempre se decide en una soledad indelegable. La diferencia con Arendt es importante y vale la pena explicitarla: Arendt funda la protección del escondrijo en una topología —hay un espacio privado, hay un espacio público, hay que cuidar la frontera—; Derrida lleva el problema un paso más allá: el secreto no es un espacio que pueda delimitarse topográficamente, es una estructura que atraviesa cada acto singular, cada decisión responsable, cada relación con un otro irreducible. El Derecho, que trabaja necesariamente por delimitaciones y categorías, tropieza aquí con un resto que se le escapa por estructura.⁴³⁵

La consecuencia política la formuló Derrida en los diálogos con Ferraris con una nitidez que conviene retener: él pertenecía, decía, al partido de quienes piensan que sin un derecho al secreto no hay democracia posible. La paradoja es deliberada: solemos pensar el secreto como antidemocrático —el secreto de Estado, el oligarca opaco, la conspiración—, y Derrida no lo niega; ese tipo de secreto, el canettiano, es efectivamente antidemocrático, pero advierte que la respuesta no puede ser la transparencia universal, porque esa transparencia, llevada a su límite, es totalitaria. Una democracia digna de ese nombre debe defender simultáneamente el derecho a la transparencia del poder y el derecho al secreto del sujeto, y esos dos derechos no son simétricos ni se resuelven en un equilibrio fácil. La quintología del secreto de la Parte Decimotercera, leída desde Derrida, expresa precisamente esa asimetría: los dos primeros tipos —secreto de Estado y secreto de inteligencia— operan bajo el régimen de la justificación reforzada y del control externo; los tipos tercero y cuarto —secreto de las comunicaciones, protección de datos— operan bajo el régimen de la garantía constitucional; y el quinto —secreto empresarial— ocupa una posición intermedia donde la legitimidad económica debe ser ponderada frente a los derechos del afectado.⁴³⁶

La aplicación a las categorías jurídicas concretas es rica. El secreto profesional del abogado, blindado por el TEDH en *Niemietz*, por el TJUE en *AM&S Europe* —asunto 155/79, sentencia de 18 de mayo de 1982— y reafirmado en *Akzo Nobel* —C-550/07 P, Gran Sala, sentencia de 14 de septiem-

bre de 2010— y en *Orde van Vlaamse Balies* —C-694/20, sentencia de 8 de diciembre de 2022—, no protege solo una técnica procedimental: protege la singularidad inasimilable de cada caso, la conversación entre cliente y letrado donde se elabora —en el secreto— la defensa que ningún algoritmo podría reproducir porque ningún algoritmo entiende lo que significa ser ese cliente en esa situación. El derecho al olvido, consagrado por el TJUE en *Google Spain* —C-131/12, Gran Sala, sentencia de 13 de mayo de 2014—, no es un capricho privacista: es la condición estructural de que el sujeto siga siendo un sujeto y no la suma inerte de sus rastros. El testimonio del periodista, protegido en *Goodwin* y en *Sanoma Uitgevers*, comparte la estructura del testimonio derridiano: solo el testigo vio, su palabra es insustituible y nunca plenamente verificable, y el secreto de la fuente es el correlato institucional de la singularidad de la experiencia que el testimonio comunica.⁴³⁷

Hay un último elemento derridiano que la Parte Undécima ha encontrado sin nombrarlo. En *Mal d'archive* Derrida mostró que el archivo no es solo conservación, sino selección, jerarquización y, sobre todo, exclusión: todo archivo se constituye por aquello que decide guardar y, simultáneamente, por aquello que entierra. El archivo tiene una pulsión doble —conservar y destruir, mostrar y esconder—. Esto tiene consecuencias jurídicas inmediatas en la era del *Big Data* y de la *blockchain*: el registro digital se presenta como archivo total, como abolición de todo olvido, y la décima tensión sistémica entre el derecho al olvido y la inmutabilidad técnica de la cadena de bloques es, leída desde Derrida, una de las más graves del ordenamiento contemporáneo. No porque la *blockchain* sea técnicamente perversa, sino porque promete lo que la persona humana no puede soportar: una memoria total. La propuesta P.19 sobre el derecho a la no-datificación es la traducción jurídica del análisis derridiano del archivo: el sujeto tiene derecho no solo a que se le olvide, sino a no entrar en el archivo en primer lugar, porque solo así conserva el escondrijo estructural sin el cual no es persona singular.⁴³⁸

6. Giorgio Agamben: el silencio del Derecho suspendido

Agamben cierra el círculo de las cinco voces de un modo especialmente oportuno para este discurso, porque toma algunos de los hilos que Derrida había dejado tensos —el testimonio, el archivo, el secreto irreductible— y los lleva al terreno donde más le interesa: el de la soberanía y el de aquello que el Derecho hace cuando se suspende a sí mismo.⁴³⁹ Si Derrida pensaba el secreto

desde la singularidad ética, Agamben lo piensa desde el umbral político-jurídico donde el sujeto queda expuesto sin protección. Para un trabajo sobre el silencio ante el Derecho y el derecho al silencio, esto es decisivo, porque Agamben obliga a mirar precisamente esas zonas donde el Derecho calla, donde el sujeto no puede hablar, y donde el escondrijo se convierte en abandono.

Los textos relevantes son cuatro y conviene situarlos. *Homo sacer*, de 1995, el libro inaugural de la serie homónima, donde se elabora el concepto de vida desnuda y de estado de excepción. *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo*, de 1998, el tercer volumen de la serie, sobre el testimonio imposible. *Estado de excepción*, de 2003, que sistematiza la lectura agambeniana del Derecho contemporáneo como dispositivo de excepción normalizada. Y *El sacramento del lenguaje*, de 2008, donde reaparece la cuestión del juramento, del testimonio y de la palabra obligada, con consecuencias directas para la dogmática del *nemo tenetur*.⁴⁴⁰

El gesto agambeniano fundamental, el que conviene retener antes que nada, es la tesis de que el Derecho occidental se estructura a partir de una exclusión inclusiva: hay vidas que el ordenamiento incluye precisamente bajo la forma de su exclusión, vidas que están dentro del Derecho en la medida en que han sido abandonadas por él. La figura arcaica que Agamben recupera es la del *homo sacer* romano: aquel a quien se podía matar sin cometer homicidio y a quien, sin embargo, no se podía sacrificar ritualmente. Una vida expuesta, sin protección jurídica, pero no por ello fuera del Derecho: incluida en él bajo la forma del bando, del abandono. Y esta estructura, que Agamben rastrea con un rigor a veces vertiginoso, no es una curiosidad arqueológica: es, según él, el secreto mismo de la soberanía moderna, que vuelve a hacerse visible cada vez que un Estado declara un estado de excepción y suspende garantías sobre ciertos cuerpos —el extranjero, el sospechoso de terrorismo, el migrante en la frontera, el detenido en zona de no-derecho, el internado en campo.⁴⁴¹

Para el binomio «silencio ante el Derecho y derecho al silencio» que da título a este discurso, Agamben introduce una dimensión que las cuatro voces anteriores no habían tematizado del todo: el silencio impuesto por la suspensión del Derecho mismo. No el silencio que el sujeto elige —Arendt—, ni el silencio que el poder se reserva —Canetti—, ni la palabra obligada por la confesión —Foucault—, ni el secreto estructural de la singularidad —Derrida—, sino el silencio del que ha sido despojado del marco mismo dentro del cual la palabra tendría efecto jurídico. El detenido en Guantánamo, el migrante en una zona de tránsito aeroportuario, el desaparecido bajo una dictadura, el

internado en un centro de internamiento de extranjeros sin acceso efectivo a abogado: no es que tengan derecho al silencio o que callen contra el poder; es que su palabra ha sido vaciada de eficacia, porque el dispositivo soberano ha definido un espacio donde lo que digan o callen no cuenta como acto jurídico. Aquí el silencio no es defensa ni resistencia: es el síntoma de que el Derecho se ha retirado dejando un agujero. Es el reverso oscuro del silencio arendtiano: donde Arendt veía el reducto fértil de la interioridad protegida, Agamben ve la zona muerta del abandono.⁴⁴²

El segundo gran aporte agambeniano, y probablemente el más fecundo para una teoría jurídica del silencio, es su análisis del testimonio imposible en *Lo que queda de Auschwitz*. Agamben parte de una paradoja que Primo Levi había formulado con angustia: los verdaderos testigos del campo, los que tocaron fondo, no pueden testificar, porque están muertos o porque la experiencia los redujo a lo que en la jerga del campo se llamaba el musulmán, esa figura terminal del prisionero ya desprovisto de palabra y casi de mirada. Los supervivientes que hablan, dice Levi, no son los testigos integrales: testifican por delegación, en el lugar de quienes ya no pueden hacerlo. El testimonio, entonces, se constituye sobre una laguna insalvable: lo que más urgentemente debería decirse es precisamente lo que no puede ser dicho, porque quien lo vivió hasta el límite quedó privado de la posibilidad misma de decir. Agamben hace de esta paradoja la estructura general del testimonio: testimoniar es siempre hablar desde y por un silencio que no se puede colmar, dar palabra a aquello que en su núcleo permanece mudo. Esto se conecta con Derrida sobre el testimonio pero radicaliza el problema: hay experiencias que destruyen al sujeto en cuanto sujeto de palabra, y por eso el testimonio que sobre ellas se da es siempre testimonio de esa destrucción, no descripción de un contenido. Para el Derecho —para el proceso penal, para el proceso de víctimas, para las comisiones de verdad, para los tribunales internacionales de derechos humanos— el desafío es doble: necesita el testimonio y, a la vez, no puede dejar de reconocer que hay un núcleo de la experiencia que el testimonio no captura. La sensibilidad jurisprudencial contemporánea hacia la víctima de violencia sexual, hacia el superviviente de tortura, hacia el testigo de genocidio, ha ido aprendiendo —con dificultad, con resistencias, con avances y retrocesos— a leer ese silencio no como ausencia sino como contenido.⁴⁴³

El tercer aporte, decisivo para la Parte Undécima y para la decimotercera tensión sistémica, es el análisis agambeniano del estado de excepción como técnica de gobierno que se ha vuelto permanente. Agamben sostiene —discu-

tiblemente, pero con fuerza— que las democracias contemporáneas han normalizado la suspensión de garantías mediante dispositivos jurídicos de excepción que ya no son la excepción puntual, sino la matriz misma del gobierno. Antiterrorismo, emergencia migratoria, emergencia sanitaria, emergencia tecnológica: en cada una de estas figuras el Derecho se autoriza a callar parcialmente, a no aplicar lo que ordinariamente aplicaría, y a hacerlo sobre cuerpos seleccionados. Las sentencias del TEDH y del TJUE en materia de vigilancia masiva —*Big Brother Watch y otros c. Reino Unido* (Gran Sala, sentencia de 25 de mayo de 2021), *Centrum för Rättvisa c. Suecia* (Gran Sala, misma fecha), *Digital Rights Ireland* (asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, Gran Sala, sentencia de 8 de abril de 2014), *La Quadrature du Net* (C-511/18 y acumulados, Gran Sala, sentencia de 6 de octubre de 2020)— son, leídas desde Agamben, una crónica del esfuerzo por reincorporar al Derecho ordinario las zonas que la excepción había sustraído, con éxitos parciales y con retrocesos significativos. La normalización del estado de excepción es la patología agambeniana por excelencia, y la decimotercera tensión sistémica —la colisión entre el deber de motivación y la opacidad algorítmica— es una de sus formas más recientes: la Administración que delega en algoritmos opacos no suspende formalmente las garantías del artículo 24 CE, pero las vacía materialmente, produciendo zonas grises donde el Derecho ordinario sigue siendo aplicable nominalmente pero deja de operar en la práctica.⁴⁴⁴

Y hay un cuarto elemento agambeniano que conviene mencionar y que la Parte Decimotercera tocó al hablar de la P.20 sobre neuroderechos. En *El sacramento del lenguaje*, Agamben explora la genealogía del juramento como la operación originaria mediante la cual el lenguaje humano se vincula a la verdad y a la responsabilidad. Jurar es comprometerse con la propia palabra de un modo absoluto, exponerse a la maldición si se falta. Toda la arquitectura jurídica occidental —desde el juramento del testigo hasta la fórmula performativa del fallo— descansa sobre esa estructura sacramental originaria. Lo cual significa que el silencio en sede judicial no es solo abstención de hablar: es renuencia a entrar en ese dispositivo sacramental, retirada del horizonte donde la palabra compromete absolutamente al sujeto. El derecho al silencio adquiere así un fondo casi teológico: es el derecho a no ser obligado a comprometer sacramentalmente la propia palabra, a no ser absorbido en el ritual que liga el decir a la verdad bajo amenaza. Y la amenaza neurotecnológica que la Parte Undécima ha identificado es, en clave agambeniana, una novedad cualitativa: la posibilidad técnica de extraer la verdad del sujeto sin pasar por

el sacramento del juramento, eludiendo el dispositivo simbólico que durante siglos ha mediado entre palabra y verdad. El *nemo tenetur* frente a la neurotecnología no protege solo un derecho subjetivo: protege la mediación simbólica misma sobre la que la palabra jurídica descansa. Si esa mediación se pierde, lo que queda no es un Derecho más eficiente, sino un Derecho que ha dejado de ser Derecho.⁴⁴⁵

Conviene, llegados aquí, no escamotear una objeción que el lector atento ya habrá formulado. Convocar a Foucault, a Derrida y a Agamben para fundamentar una dogmática garantista tiene algo de paradójico, cuando no de abuso: ninguno de los tres comparte sin reservas la confianza liberal en el sujeto de derechos, y Agamben llega a ver en el propio lenguaje de los derechos humanos una pieza del dispositivo antes que su remedio. La objeción es justa, y prefiero asumirla a disolverla. Estas voces no ratifican el proyecto de este discurso: lo interrogan. Lo someten a la sospecha de que la garantía pueda ser una forma más fina de gobierno, de que el escondrijo protegido sea ya una celda del archivo, de que el amparo participe de la lógica que dice limitar. Pero es precisamente esa interrogación la que, a mi juicio, vuelve el proyecto digno de sostenerse: una dogmática del silencio que no se hubiera dejado incomodar por quienes desconfían de ella sería una dogmática complaciente, y la complacencia es, en materia de derechos, el primer síntoma de la claudicación. Sostengo, pues, las garantías no a pesar de la sospecha de estos autores, sino habiéndola atravesado.

7. Los tres hilos: asimetría, mediación técnica, doble cara

Las cinco voces filosóficas que las secciones II a VI han convocado no son cinco lecturas paralelas de un mismo material. Son cinco lecturas que se entrelazan, que se complementan en algunos puntos y se enfrentan en otros, y cuyo entrelazamiento revela tres hilos que atraviesan toda la dogmática del silencio jurídicamente relevante. La sección VII recoge esos hilos no como tesis filosóficas impuestas al material, sino como lecturas que el material mismo exige cuando se lo observa con la atención que las cinco voces han enseñado a ejercer.⁴⁴⁶

El primer hilo es el de la asimetría. Toda regulación jurídica del silencio regula, en último término, una asimetría de información, y la posición que cada parte ocupa en esa asimetría determina si el silencio funciona como escudo o como cómplice. Las tres figuras de la tricotomía del silencio —garantía,

declaración, constitutivo— pueden releerse desde este criterio con resultados productivos. El silencio-garantía protege siempre al débil frente al fuerte: el imputado frente al instructor, el contribuyente frente a la Administración, el ciudadano frente al servicio de inteligencia. Cuando el silencio-garantía es invocado por el fuerte —el Estado que clasifica sus crímenes, la corporación que blinda su algoritmo, el funcionario que se ampara en el secreto institucional para no rendir cuentas—, deja de ser garantía y se convierte en escudo de impunidad. Arendt funda la asimetría desde el escondrijo del individuo que necesita la penumbra para constituirse; Canetti la denuncia desde el secreto del poder que se ejerce ocultando; Foucault la complica al mostrar que la confesión también es asimétrica, aunque parezca igualitaria; Derrida la radicaliza al sostener que el secreto del singular y el secreto del soberano no son simétricos en absoluto, y que la democracia exige tratarlos de modo radicalmente distinto; Agamben la lleva al límite al mostrar que hay sujetos a quienes la asimetría les ha sustraído incluso la posibilidad del silencio mismo. Las cinco voces convergen en este punto, y la jurisprudencia europea verificada en otras Partes de este discurso —*Funke*, *Saunders*, *Jalloh*, *S. y Marper*, *Google Spain*, *Magyar Helsinki Bizottság*, *Big Brother Watch*, *La Quadrature du Net*— no es sino la traducción institucional, caso por caso, de la intuición fundamental que estas cinco voces comparten: la asimetría no es neutral, y un Derecho que la trata como si lo fuera produce, sin nombrarla, la injusticia que pretendía evitar.⁴⁴⁷

El segundo hilo es el de la mediación técnica. Las viejas categorías del silencio nacieron suponiendo cuerpos copresentes y soportes tangibles: el contratante que calla ante la oferta, el imputado que calla ante el juez, el funcionario que calla ante el ciudadano, el Estado que calla ante la pretensión internacional. Hoy esas categorías se aplican a flujos digitales que las desbordan en planos que la dogmática clásica no había previsto. Arendt aporta a esta nueva situación una pregunta antropológica fundamental: ¿qué queda del *oikos* cuando la casa está habitada por sensores que escuchan, por asistentes de voz que registran, por electrodomésticos conectados que reportan? La inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 CE protege un reducto que, técnicamente, ya no es plenamente reducto: el ciudadano vive asistido por una infraestructura que confiesa por él. Canetti aporta la pregunta política: ¿quién es el soberano cuando la decisión administrativa se delega en un algoritmo cuya lógica nadie comprende plenamente? La caja negra es la figura canettiana del siglo XXI, y la propuesta P.18 es su contrapeso jurídico. Foucault aporta la pregunta del

dispositivo: las plataformas son la maquinaria confesional más eficiente jamás diseñada, donde el sujeto se confiesa sin ser interrogado, gratuitamente, durante todo el día. Derrida aporta la pregunta del archivo: el registro digital se presenta como memoria total, como abolición del olvido, y por tanto como destrucción del escondrijo estructural que la singularidad requiere. Agamben aporta la pregunta del estado de excepción: la emergencia tecnológica permanente justifica la suspensión de garantías sobre cuerpos seleccionados, y la decimotercera tensión sistémica de este discurso es una de sus formas más visibles. Las cinco voces, cruzadas con la jurisprudencia europea sobre vigilancia masiva, sobre protección de datos y sobre derecho al olvido, dibujan un cuadro que la dogmática clásica no había anticipado: el silencio en la era digital no es el silencio que la modernidad jurídica liberal había aprendido a regular, sino un silencio nuevo cuya regulación está apenas comenzando.⁴⁴⁸

El tercer hilo es el de la doble cara del secreto. Cada institución del silencio protege, cuando funciona, un escondrijo legítimo —el reducto donde el sujeto se constituye, la zona donde la defensa se prepara, el espacio donde la palabra periodística madura antes de salir a lo público, la opacidad necesaria del proceso deliberativo del Estado—. Y cada institución, cuando se extralimita, ampara una impunidad o produce un abandono. El secreto de Estado puede proteger la seguridad nacional legítima o puede cubrir crímenes del poder; el secreto profesional puede salvaguardar la confianza del cliente o puede consolidar una *omertà* gremial; el secreto empresarial puede preservar la innovación o puede blindar abusos algorítmicos contra el consumidor; el secreto de las comunicaciones puede defender la intimidad del ciudadano o puede convertirse en zona franca para la actividad delictiva; la protección de datos puede garantizar la autodeterminación informativa o puede transformarse en pretexto para la opacidad de quien debería rendir cuentas. La quintología del secreto codificada en la Parte Decimotercera reconoce esta doble cara y la modula tipo por tipo. Las cinco voces filosóficas convergen al ofrecer los criterios para el discernimiento. Arendt: ¿este secreto protege la zona donde la persona se constituye, o protege un poder que prefiere no ser visto? Canetti: ¿este secreto está en manos del débil o del fuerte? Foucault: ¿este secreto permite la *parresía* o la impide? Derrida: ¿este secreto protege la singularidad ética o la impunidad estructural? Agamben: ¿este secreto protege a la persona o la abandona a la vida desnuda? Los cinco criterios no son redundantes: cada uno ilumina un aspecto que los otros no alcanzan plenamente, y la jurisprudencia del TEDH y del TJUE ha venido aplicando, sin nombrarlos, una combinación de los cin-

co. La tarea del jurista situado del lado del más débil —que es la tesis ética que recorre este discurso— consiste, en último término, en saber cuál de los cinco criterios pesa más en cada caso, y en por qué.⁴⁴⁹

8. Coda: Wittgenstein, la P.22 y el preso del camino de Portillo de San Antonio

La Parte Decimotercera cerró este discurso —en su sección VIII, titulada «Un final que es un principio»— con la advertencia wittgensteiniana invertida: el Derecho no puede guardar silencio sobre el silencio, porque si lo hace deja sin respuesta a quien más necesita una. Esa advertencia es justa y necesaria, pero conviene completarla. La invocación allí recogida procede del *Tractatus* de 1921, el Wittgenstein de la primera filosofía, el que sostenía que los límites del lenguaje son los límites del mundo y que sobre lo no decible había que callar. El otro Wittgenstein —el de las *Investigaciones filosóficas*, publicadas póstumamente en 1953— enseñó algo distinto y, para los propósitos de un discurso jurídico sobre el silencio, igualmente decisivo: que el lenguaje es una forma de vida, que su significado se constituye en el uso compartido, y que las palabras no flotan en el vacío semántico sino que se inscriben en prácticas humanas concretas. El silencio jurídico, leído desde el segundo Wittgenstein, no es solo el límite de lo que el Derecho puede decir: es también una práctica, una forma de vida que el ordenamiento configura, y cuyo modo de configurarla revela qué tipo de comunidad política aspira a construir.⁴⁵⁰

Visto así, las veintidós propuestas que la Parte Decimotercera ha presentado no son ajustes técnicos: son intervenciones en la forma de vida que el Derecho español constituye. Veinte de ellas operan en el plano legislativo ordinario porque la forma de vida que pretenden modificar es revisable mediante el procedimiento legislativo común. Las dos restantes —la propuesta del artículo 62.i bis sobre amnistía (P.21) y la P.22 sobre supresión del ámbito del amparo del artículo 53.2 CE, cuya configuración actual deja en zonas grises agambenianas a quienes más necesitarían la protección constitucional efectiva— pertenecen a otro plano. Porque lo que está en juego en esas dos propuestas no es una técnica procesal ni un ajuste competencial entre tribunales: es el umbral mismo de la protección constitucional, la línea que separa el Derecho ordinario del Derecho fundamental, la zona donde el ordenamiento se inclina sobre sus propios fundamentos. Una reforma de esa zona requiere, por su naturaleza, abrirse al constituyente, porque toca aquello que define al constituido. La filosofía agambeniana del estado de excepción ilumina con

precisión esta diferencia: hay materias en las que el legislador ordinario opera dentro de la forma de vida que la Constitución ha instituido, y hay materias en las que se decide la forma de vida misma. Las propuestas P.21 y P.22 pertenecen a las segundas, y por eso su naturaleza jurídica es cualitativamente distinta de las veinte anteriores. Reconocerlo no es una concesión a la dogmática constitucional: es una consecuencia filosófica de tomarse en serio lo que ambas proponen.⁴⁵¹

La tríada Libertad-Igualdad-Fraternidad que la Parte Decimotercera ha rescatado como programa jurídico que no caduca encuentra en las cinco voces filosóficas, leídas desde este horizonte, su correspondencia más precisa. La LIBERTAD —el derecho a callar cuando el poder exige que se hable y el derecho a hablar cuando el poder prefiere el silencio— es esencialmente arendtiana: protege el escondrijo donde el sujeto se constituye y el espacio público donde puede aparecer. La IGUALDAD —la exigencia de que el silencio no sea un privilegio ni una condena selectiva— es foucaultiana en su núcleo: solo donde los regímenes de veridicción tratan a todos del mismo modo es posible una *parresía* verdaderamente democrática, y la simetría de la asimetría que el Derecho regula es la traducción institucional de esa exigencia. La FRATERNIDAD —el rechazo del silencio cómplice del que ve el acoso y calla, del que conoce la corrupción y calla, del que podría hablar en defensa del más débil y prefiere la comodidad del mutismo— es derridiana y agambeniana a la vez: derridiana porque el secreto del otro singular es siempre, también, mi responsabilidad indelegable; agambeniana porque hay vidas que han sido reducidas a la nuda existencia y solo la palabra del que sí puede hablar puede devolverles el lugar que el Derecho les ha sustraído. Los tres valores republicanos no son retórica: son condiciones de posibilidad de un orden jurídico que reconozca al sujeto humano como sujeto humano, y no como dato.⁴⁵²

Y queda, al final, una imagen. La Parte Decimotercera la ha situado en su lugar de origen: el preso del camino de Portillo de San Antonio, esa figura que ha vuelto a la mente de quien esto escribe de manera reiterada a lo largo de décadas de práctica jurídica. Un niño que ve pasar a un hombre abatido, lento en su caminar, abstraído, ausente. Nada más. Quién era, qué había hecho, cómo había reaccionado el ordenamiento ante su caso: nada de eso lo sabía entonces ni puede afirmarlo ahora. Solo la imagen, y la pregunta que la imagen no deja de hacer.

Vista desde las cinco voces filosóficas que la Parte Decimocuarta ha convocado, esa imagen invita, sin embargo, a interrogarse. ¿Era arendtiano aquel

hombre? ¿Se le había arrebatado el escondrijo, expuesto sobre el camino, despojado de la penumbra en que la persona se constituye? ¿Era canettiano? ¿Víctima de una asimetría de poder ante la cual su silencio no era elección sino condición impuesta? ¿Era, sobre todo, agambeniano: un ser humano en el umbral, incluido en el ordenamiento bajo la forma de su exclusión, cuya situación era el reverso del Estado de Derecho que el autor ha pasado su vida intentando comprender y, en la medida modesta de sus fuerzas, mejorar? No lo sé. No puedo saberlo. Pero el hecho de que esas preguntas sean posibles —de que una imagen sin nombre ni expediente convoque todo el aparato filosófico y jurídico de este discurso— es, quizás, la demostración más honesta de para qué sirve ese aparato: no para clasificar a los que ya conocemos, sino para no dejar de preguntarnos por los que solo vimos pasar.

El silencio nunca ha sido la nada. Nunca lo será. Pero hay silencios que solo la palabra del Derecho —dicha con la precisión técnica que el rigor exige, con la conciencia filosófica que la dignidad humana reclama y con la fraternidad sin la cual ninguna técnica jurídica vale la pena— puede transformar en presencia justa. Este discurso ha intentado, desde su primera página hasta esta última, contribuir a esa transformación. Si lo ha conseguido en alguna medida, es ese su mérito; y si no lo ha conseguido del todo, también ese fracaso —en último término— es elocuente.⁴⁵³

NOTAS

- [408] La advertencia de Wittgenstein con que la Parte Decimotercera cerró su sección VIII —«sobre lo que no se puede hablar, hay que guardar silencio» (*Tractatus Logico-Philosophicus*, 7)— se prolonga aquí en el plano que le es propio: el Derecho no puede guardar silencio sobre los presupuestos filosóficos de su propia regulación del silencio, aunque tampoco puede pronunciarlos en sus propias categorías. La Parte Decimocuarta es el lugar en que esos presupuestos se nombran sin pretender agotarlos.
- [409] La selección de las cinco voces sigue un criterio cronológico de aparición: Arendt (1906-1975), Canetti (1905-1994), Foucault (1926-1984), Derrida (1930-2004) y Agamben (1942). ARENDT, H., *The Human Condition*, University of Chicago Press, Chicago, 1958 [trad. esp.: *La condición humana*, Paidós, Barcelona, 1993]; CANETTI, E.,

- Masse und Macht*, Claassen, Hamburg, 1960 [*Masa y poder*, Alianza, Madrid, 2013]; FOUCAULT, M., *Histoire de la sexualité I. La volonté de savoir*, Gallimard, París, 1976 [*Historia de la sexualidad I. La voluntad de saber*, Siglo XXI, Madrid, 2009]; DERRIDA, J., *Donner la mort*, Galilée, París, 1999 [*Dar la muerte*, Paidós, Barcelona, 2000] y *Passions*, Galilée, París, 1993; AGAMBEN, G., *Quel che resta di Auschwitz*, Bollati Boringhieri, Torino, 1998 [*Lo que queda de Auschwitz*, Pre-Textos, Valencia, 2000] y *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003 [*Estado de excepción*, Pre-Textos, Valencia, 2004].
- [410] Sobre la elección metodológica de cinco voces y no otras, ESCAVY ZAMORA, R., *El silencio en la lengua española*, Universidad de Murcia, Murcia, 2026 (texto inédito redactado para este discurso, citado *supra* en la Parte Primera).
- [411] La crítica al uso meramente legitimador de las referencias filosóficas en la dogmática jurídica está formulada con precisión en ATIENZA, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, especialmente en el capítulo sobre las falacias argumentativas.
- [412] Los tres hilos —asimetría, mediación técnica, doble cara del secreto— se desarrollarán sistemáticamente en la sección VII de esta Parte.
- [413] ARENDT, H., *op. cit. supra* nota 409 [*La condición humana*], capítulo II («La esfera pública y la esfera privada»), especialmente págs. 37-45 y 59-67 de la trad. española.
- [414] ARENDT, H., *The Human Condition*, *op. cit.*, capítulo II. Sobre la relación entre la formulación de Arendt y la tradición del Sermón de la Montaña en Mateo 6, *vid.* BIRULÉS, F. (ed.), *Hannah Arendt. El orgullo de pensar*, Gedisa, Barcelona, 2000, págs. 45 y ss.
- [415] La conexión entre el análisis arendtiano del escondrijo y la jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 8 CEDH se desarrolla en la Parte Novena de este discurso. La propuesta P.17 se formula en la Parte Decimotercera, sección IV.
- [416] ARENDT, H., *The Origins of Totalitarianism*, Harcourt, Nueva York, 1951 [trad. esp.: *Los orígenes del totalitarismo*, Alianza, Madrid, 2006], parte III, capítulo XIII.
- [417] ARENDT, H., *Eichmann in Jerusalem*, Viking Press, Nueva York, 1963 [trad. esp.: *Eichmann en Jerusalén*, Lumen, Barcelona, 1999]. La elaboración sistemática de la tesis sobre el pensamiento como diálogo silen-

- cioso consigo mismo: ARENDT, H., *The Life of the Mind*, Harcourt, Nueva York, 1978 [trad. esp.: *La vida del espíritu*, Paidós, Barcelona, 2002], vol. I, capítulos 12-14.
- [418] La tricotomía del silencio —silencio-garantía, silencio-declaración, silencio-constitutivo— se ha codificado en la Parte Decimotercera, sección II, como la primera aportación teórica principal del discurso.
- [419] CANETTI, E., *op. cit. supra* nota 409 [*Masa y poder*], parte V («Los elementos del poder»), secciones «El secreto» y «La pregunta y la respuesta».
- [420] CANETTI, E., *op. cit.*, sección «El acechar».
- [421] Las sentencias *Funke c. Francia*, *Saunders c. Reino Unido* y *Jalloh c. Alemania* se han analizado dogmáticamente en la Parte Tercera de este discurso.
- [422] CANETTI, E., *op. cit.*, sección «El mando». En español, ARNAU, J., *Elias Canetti. La conciencia del hombre*, Trotta, Madrid, 2005, capítulos 4 y 5.
- [423] BOBBIO, N., «La democracia y el poder invisible», en *El futuro de la democracia*, FCE, México, 1986, págs. 113 y ss.
- [424] Sobre la quintología del secreto y su justificación dogmática, *vid.* Parte Décima, secciones II a VI, y Parte Decimotercera, sección III.
- [425] La cita canettiana sobre la concentración del saber técnico se encuentra en el epílogo de *Masa y poder*, redactado para la edición ampliada de los años setenta. La propuesta P.18 se formula en la Parte Decimotercera, sección IV.
- [426] Sobre la recepción española de Foucault, MOREY, M. (trad.), *Vigilar y castigar*, Siglo XXI, Madrid, 1975; CASTRO, E., *El vocabulario de Michel Foucault*, Universidad Nacional de Quilmes, Buenos Aires, 2004.
- [427] FOUCAULT, M., *op. cit. supra* nota 409 [*Historia de la sexualidad I. La voluntad de saber*], especialmente capítulo III («*Scientia sexualis*»). La referencia al IV Concilio de Letrán de 1215 (Constitución *Omnis utriusque sexus*) está en el inicio del capítulo III.
- [428] La consecuencia del análisis foucaultiano para la teoría del *nemo tenetur* ha sido elaborada, entre otros, por GARLAND, D., *Castigo y sociedad moderna*, Siglo XXI, México, 1999, especialmente capítulos 6 y 7.
- [429] FOUCAULT, M., *Surveiller et punir*, Gallimard, París, 1975 [trad. esp.: *Vigilar y castigar*, Siglo XXI, México, 1976], parte III («Disciplina»).

- [430] FOUCAULT, M., *Le courage de la vérité. Cours au Collège de France, 1984*, Gallimard/Seuil, París, 2009 [trad. esp.: *El coraje de la verdad*, FCE, Buenos Aires, 2010].
- [431] La conexión entre la *parresía* foucaultiana y la función de la abogacía está esbozada en la Parte Decimotercera, sección VII.
- [432] DERRIDA, J., *op. cit. supra* nota 409 [*Donner la mort*], especialmente capítulos I y II sobre Patočka y la responsabilidad.
- [433] DERRIDA, J., *Mal d'archive*, Galilée, París, 1995 [trad. esp.: *Mal de archivo*, Trotta, Madrid, 1997]; y, con FERRARIS, M., *El gusto del secreto*, Amorrortu, Buenos Aires, 2009.
- [434] DERRIDA, J., *op. cit. supra* nota 409 [*Passions*], especialmente sección II. La fórmula *il y a du secret* ha sido comentada con detalle por DE PERETTI, C., en la introducción a la edición española de *Pasiones*, Mínima Trotta, Madrid, 2011.
- [435] DERRIDA, J., *op. cit. supra* nota 409 [*Donner la mort*], especialmente capítulos III y IV sobre Kierkegaard y la *Akedah*.
- [436] DERRIDA, J. y FERRARIS, M., *op. cit. supra* nota 433 [*El gusto del secreto*], diálogos II y IV.
- [437] Las sentencias del TEDH y del TJUE se han analizado dogmáticamente en otras Partes: *AM&S Europe c. Comisión*, asunto 155/79, 18 de mayo de 1982; *Akzo Nobel*, C-550/07 P, 14 de septiembre de 2010; *Orde van Vlaamse Balies*, C-694/20, 8 de diciembre de 2022; *Google Spain*, C-131/12, 13 de mayo de 2014; *Goodwin c. Reino Unido*, 27 de marzo de 1996; *Sanoma Uitgevers B.V. c. Países Bajos*, 14 de septiembre de 2010.
- [438] DERRIDA, J., *op. cit. supra* nota 433 [*Mal d'archive*], capítulos I y III. La propuesta P.20 está formulada en la Parte Decimotercera, sección IV.
- [439] Sobre la recepción española de Agamben, CASTRO, E., *Giorgio Agamben. Una arqueología de la potencia*, Universidad Nacional de San Martín, Buenos Aires, 2008; GALINDO HERVÁS, A., *Política y mesianismo. Giorgio Agamben*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.
- [440] AGAMBEN, G., *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Pre-Textos, Valencia, 1998; *Lo que queda de Auschwitz, cit. supra* nota 409; *Estado de excepción, cit. supra* nota 409; *El sacramento del lenguaje*, Pre-Textos, Valencia, 2010.
- [441] AGAMBEN, G., *op. cit. supra* nota 440 [*Homo sacer*], partes II y III; *Estado de excepción*, capítulos I y IV.

- [442] La quinta forma agambeniana —el silencio del Derecho suspendido sobre cuerpos abandonados— es cualitativamente distinta de las cuatro anteriores. *Vid.* MEZZADRA, S., *Derecho de fuga*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2005.
- [443] AGAMBEN, G., *op. cit. supra* nota 409 [*Lo que queda de Auschwitz*], capítulos II y III sobre la figura del *Muselmann*. LEVI, P., *Los hundidos y los salvados*, Muchnik, Barcelona, 1989, capítulo «La memoria del oprobio».
- [444] Sentencias sobre vigilancia masiva: *Big Brother Watch*, Gran Sala, 25 de mayo de 2021; *Centrum för Rättvisa c. Suecia*, Gran Sala, misma fecha; *Digital Rights Ireland*, C-293/12 y C-594/12, 8 de abril de 2014; *La Quadrature du Net*, C-511/18 y acumulados, 6 de octubre de 2020. La decimotercera tensión sistémica se formula en la Parte Undécima, sección V.
- [445] AGAMBEN, G., *op. cit. supra* nota 440 [*El sacramento del lenguaje*], capítulos III y V. La propuesta P.21 se formula en la Parte Undécima, sección IV.3.
- [446] La metodología seguida en esta sección VII es deliberadamente sintética: las cinco voces ya se han desarrollado en las secciones anteriores.
- [447] La jurisprudencia europea citada se ha verificado en sus Partes dogmáticas respectivas: *Funke*, *Saunders* y *Jalloh* en la Parte Tercera; *S. y Marper* en las Partes Tercera y Undécima; *Google Spain* en la Parte Octava; *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*, 8 de noviembre de 2016, en la Parte Décima; *Big Brother Watch* y *La Quadrature du Net* en la Parte Octava.
- [448] La sistematización del problema de la mediación técnica se ha desarrollado en la Parte Undécima. El silencio digital no es una mera prolongación del silencio analógico, sino una mutación cualitativa que la dogmática clásica no había anticipado.
- [449] La quintología del secreto se ha codificado en la Parte Decimotercera, sección III. La tarea del jurista consiste en saber cuál de los cinco criterios pesa más en cada caso, y en por qué.
- [450] WITTGENSTEIN, L., *Tractatus Logico-Philosophicus*, Alianza, Madrid, 1973 [orig. 1921]; *Investigaciones filosóficas*, Crítica, Barcelona, 1988 [orig. póstumo, Oxford, 1953]. ATIENZA, M., *op. cit. supra* nota 411; MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Wittgenstein, el lenguaje y el Derecho*, Anthropos, Barcelona, 2016.

- [451] La propuesta P.22 sobre la reforma del recurso de amparo del artículo 53.2 CE exige reforma constitucional, lo que la distingue cualitativamente de las veintiuna propuestas restantes codificadas en la Parte Decimotercera, sección IV.
- [452] La tríada Libertad-Igualdad-Fraternidad se ha desarrollado en la Parte Decimotercera, sección VI. La cita de Martin Luther King —«No me preocupa tanto la gente mala como el espantoso silencio de la gente buena»— prolonga su sentido cuando se la lee desde el cruce de Derrida y Agamben sobre la responsabilidad indelegable hacia el otro reducido a nuda vida.
- [453] La imagen del preso del camino de Portillo de San Antonio, que abre la Parte Decimotercera y cierra la Decimocuarta, es la única referencia autobiográfica que el autor ha permitido sostener a lo largo de todo el discurso. Su tratamiento en la sección VIII ha optado deliberadamente por la forma interrogativa y no por la afirmativa: lo que el autor vio de niño fue un hombre abatido, y nada más. Sobre el sentido jurídico-filosófico de la figura del preso indefenso ante el ordenamiento, AGAMBEN, G., *op. cit. supra* nota 440 [*Homo sacer*], parte III, y la jurisprudencia del TEDH sobre derechos del detenido recogida en la Parte Tercera de este discurso.

Contestación al discurso de ingreso como académico de número del Excmo. Sr. D. Maximiliano Castillo González por el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

El artículo 7 de los Estatutos de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia establece que «para la toma de posesión del Académico electo, será requisito inexcusable que presente a la Academia un discurso escrito que verse sobre algún tema jurídico, de libre elección, al que contestará, también por escrito, un Académico de número designado al efecto por el Presidente».

El primer sentimiento que quiero expresar es el de gratitud al Presidente de esta Institución y al nuevo académico por haber confiado en mí para dirigir estas palabras de contestación al excelente discurso que acabamos de escuchar; y también de satisfacción por acoger hoy en la Academia a Maximiliano Castillo, al que conozco desde los años 80 del pasado siglo y al que siempre he tenido en la mejor consideración tanto personal como profesional. Su trato cercano y exquisito en todo momento nos sitúa además ante un jurista enamorado del Derecho -lo que en este caso no implica retórica alguna- que viene a demostrarlo una vez más cuando se sumerge en un verdadero océano conceptual eligiendo una cuestión tan interesante como difícil, cual es la del Silencio en el Derecho.

Maxi, al que llamamos así familiarmente porque su nombre excede del número de sílabas permisible, accedió tardíamente a la Facultad de Derecho. Antes, con muy pocos años, desde 1964 a 1967 cursó estudios de Magisterio. Previamente ya había comenzado a realizar ciertos trabajos en el Despacho del conocido Abogado murciano don Fidel Pérez Abadía que, sin duda, apreció en él especiales condiciones para ser un buen jurista y así le

impulsó a que siguiera dicha vocación. Fue en 1977 cuando finalizó la carrera de Derecho y a partir de ahí se dio de alta en el Colegio de la Abogacía de Murcia, así como en el de Albacete y en el de Madrid, como entonces resultaba preceptivo para poder actuar ante los correspondientes tribunales. Yo llegué destinado a Murcia en el año 1984 para poner en funcionamiento el Juzgado de Instrucción nº 4 recién creado y fue entonces cuando conocí a Maxi, aunque quizás hubiéramos coincidido en mi previo paso por el Juzgado de Cieza.

Entrando ya a glosar brevemente el discurso que hemos escuchado, son muchos los que habiéndose pronunciado para el ingreso en esta Institución no sólo tienen, como éste, un importante valor doctrinal, sino que además presentan un notable carácter práctico que lleva a su consulta cuando nos surge cualquier duda jurídica.

Constituye la Academia un lugar de encuentro en que nos unen las mismas inquietudes, al mismo tiempo que genera unos vínculos de amistad y colaboración de los que me he beneficiado desde mi ingreso. El contraste de ideas entre juristas que han trabajado, y trabajan, sobre distintas disciplinas jurídicas resulta verdaderamente enriquecedor en nuestro ámbito académico.

Abordar un tema como el del silencio ante el Derecho y el derecho al silencio es valiente y arriesgado. Valiente, porque estoy convencido de que ni siquiera el autor, al iniciar el trabajo, podía saber hasta dónde le iba a llevar; y arriesgado, porque también puede abocarle a situaciones en las que resulta difícil comprometer una respuesta sin temor a que pueda ser inadecuada para resolver una cuestión distinta.

Siempre he mantenido que el Derecho se estudia y se lee como primer mandamiento, pero esto no basta para una adecuada formación porque es necesario pensar sobre lo que se ha leído y estudiado para, al fin y al cabo, penetrar en un sistema unitario de conocimiento que nos permita llegar a conclusiones fiables. Frente a los silencios del legislador lo primero que ha de buscar el intérprete es qué hay detrás, o sea si ese silencio es consciente o no querido. En el primer caso podrá comportar una muestra de confianza en la labor de los juristas, en general, y del juez en particular; en el segundo será una omisión, a veces nefasta, que en tantas ocasiones da lugar a una inseguridad en el ordenamiento jurídico que, sin duda, generará controversias. Ante los silencios del legislador no parece posible prescindir de la idea de un derecho de creación judicial que pueda superar la inevitable existencia de lagunas, sobre todo mediante el valioso instrumento de la analogía.

Nuestro nuevo académico nos regala un trabajo impagable para el estudio y la meditación. Un tratamiento tan intenso y transversal de los silencios en el Derecho nos permite contar, como ya anunciaba, con un texto de consulta que sienta una bases muy bien cimentadas para poder arrancar de fundamentos seguros en la función propia del razonamiento jurídico.

El lenguaje de nuestro nuevo académico, tan próximo en muchas ocasiones a la Filosofía del Derecho, va desgranando paso a paso los planteamientos y las soluciones o consecuencias a que el silencio nos puede llevar en los distintos ámbitos de nuestro ordenamiento.

Dada la amplitud del trabajo realizado sería imposible abordar cada una de sus consideraciones sobre temas dispares, unidos siempre bajo la perspectiva central del concepto y efectos del “silencio”. Pero tal imposibilidad me permite escoger una cuestión concreta que puede suscitar alguna meditación y siempre es de plena actualidad.

Quiero referirme especialmente al silencio del investigado o acusado desde la propia literalidad de nuestra Constitución. Aunque, como casi todo en Derecho, mis afirmaciones pueden ser discutibles, me parece importante recordar que el apartado segundo del artículo 24 de la Constitución lo que dice es que todos *“tienen derecho a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”*. ¿Qué significa esto? Pues para mí, claramente, significa que el derecho a guardar silencio ante el Tribunal o a negarse a contestar a preguntas de determinada parte -y estar dispuesto, sin embargo, a hacerlo a otras- no es un derecho genuinamente consagrado por la Constitución, como se suele sostener, sino un derecho que es pura y lógica consecuencia del derecho, éste sí de rango constitucional, a no “declarar contra sí mismo”. El matiz creo que es importante y quiero que se me entienda bien: efectivamente existe el derecho a no declarar, pero la finalidad de su reconocimiento es evitar que alguien lo haga contra sí mismo -consciente o inconscientemente- y por ello pueda resultar perjudicado. No puede imponerse al acusado una actuación en la que quepa extraer de sus palabras una prueba en su contra o una confesión.

No obstante, el silencio de quien resulta penalmente acusado no debe ser algo neutro o indiferente para el Tribunal en determinadas circunstancias.

Nadie duda de que la carga de la prueba en el proceso penal corresponde a las partes acusadoras pero, cumplida por éstas dicha carga mediante la aportación de pruebas directas o indiciarias más o menos intensas, el Tribunal puede

tener en cuenta de algún modo la negativa del acusado a declarar, lo que viene siendo afirmado por la jurisprudencia.

Así lo ha venido a proclamar la STS, 2ª núm. 298/2020, de 11 de junio, que se cita en el discurso, al decir que: *«El mero silencio no es más que ejercicio de un derecho procesal fundamental; nunca un indicio de cargo, pero puede tener significación cuando el silencio comporta también una faz positiva: supone rehusar ofrecer una explicación que, si existiese, solo el acusado puede ofrecer. De ahí sí puede inferirse legítimamente en algún supuesto que si no se ofrece es porque no la hay»*.

Esta sentencia refiere también doctrina del Tribunal Constitucional, que en STC 26/2010, de 27 de abril, dice que *«ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación (...) la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria»*.

Como se dice también en alguna otra sentencia del Tribunal Constitucional (STC 155/2002, que cita la número 220/1998, de 16 de noviembre) *«ciertamente, tal silencio no puede sustituir la ausencia de pruebas de cargo suficientes, pero, al igual que la futilidad del relato alternativo autoexculpatorio, sí puede tener la virtualidad de corroborar la culpabilidad del acusado»* (STC 155/2002, citando la STC 220/1998, de 16 de noviembre).

Hace algunos meses se hizo público un proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal enviado por el Gobierno al Congreso, en cuyo artículo 14, apartado 1, se dice que *«toda persona tiene derecho a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable. Del silencio de la persona encausada o de su negativa a declarar no podrán extraerse consecuencias que le perjudiquen, sin perjuicio de la constatación de la pérdida de la oportunidad de exponer una alternativa razonable a la versión de la acusación que no se desprenda por sí misma de otras pruebas practicadas o de los propios hechos en debate»*.

Dejo el tema para la reflexión, especialmente por los penalistas, y concluyo felicitando una vez más a Maxi, agradeciéndole la valentía de afrontar un tema tan difícil y escasamente explorado por la doctrina; y todo el tiempo que necesariamente ha dedicado a ello con perjuicio de quienes lógicamente perdieron muchas horas de la compañía y atención que merecían, a quienes también les muestro mi agradecimiento en nombre de la Academia. Entrás, querido amigo, en una Institución que te aprecia y respeta desde siempre en

lo que mereces. Ahora te integras directamente en nuestros trabajos, para cuya consecución me consta que no ahorrarás esfuerzo alguno, sino que por el contrario suscitarás nuevas inquietudes e iniciativas para enriquecimiento intelectual de todos, sobre todo en estos tiempos convulsos en que tan necesario es situarnos en la primera línea de defensa del Derecho y de la Justicia en su más amplio significado.

Bienvenido a esta Academia. Enhorabuena a ti y a los tuyos; y muchas gracias a todos por la atención prestada.

