

EL SILENCIO EN EL DERECHO

ARIEL DAVID BUSO

SUMARIO: I. El silencio y la aceptación tácita. II. El silencio en la hermenéutica del derecho. III. El silencio en la regulación jurídica. IV. El silencio como elemento constitutivo del derecho. V. El silencio y el tiempo en el derecho. VI. Las lacuna iuris y el silencio. VII. El silencio de la ley y los principios generales del derecho. VIII. A modo de conclusión.

RESUMEN: la ausencia de palabras y actos caracterizan al silencio y a la abstención, pero no necesariamente es una aceptación. Esta pasividad en la comunicación tiene sus implicancias jurídicas, haciendo del silencio un elemento constitutivo del derecho que permite una reflexión sobre el mismo fenómeno cuya interpretación plantea siempre un problema in genere fuera de los casos regulados por la ley, la costumbre o una jurisprudencia consolidada.

PALABRAS CLAVE: silencio, aceptación tácita, tiempo, lacuna iuris.

ABSTRACT: lack of words and acting characterizes silence and abstention, but not necessarily means acceptance. This indifference in communication has their juridical implications and makes silence a constitutive element of law that allows a reflection about the same phenomena whose interpretation always supposes a general problem apart from the cases regulated by law, custom or a consolidated jurisprudence.

KEY WORDS: silence, implied acceptance, time, lacuna iuris.

I. El silencio y la aceptación tácita

La primera interrogación es de rigor: El silencio ¿constituye siempre aceptación en cualquier acto jurídico?

El silencio posee un valor mucho mayor del que a simple vista puede verse en el mundo jurídico. En general, en los tratados de filosofía del derecho como en la historia, han guardado silencio sobre el silencio mismo. Esta afirmación es relativa ya que en algunos aspectos puntuales se trató de sistematizar lo que el silencio entraña¹.

Si apelamos a la definición de la palabra silencio, según el diccionario de la Real Academia, se hace acepción de tres supuestos: abstención de hablar; falta de ruido y también falta u omisión de algo por escrito. Luego siguen las acepciones especiales y, entre ellas, la definición del silencio administrativo como “la pasividad de la Administración ante una petición o recurso que la ley da a un significado estimatorio o desestimatorio”. Dejando de lado la acepción de “falta de ruido”, es necesario centrarse en las otras dos fundiéndolas en una sola: ausencia de palabras orales o escritas. Es verdad que la comunicación humana no sólo se realiza por el lenguaje, ya que puede hacerse más allá de las palabras. La comunicación puede realizarse también por los silencios, ya que éste puede tener múltiples acepciones en la intersubjetividad.

En el derecho, el silencio, puede existir frente a lo obvio, lo que se da por sentado; otras veces es sinónimo de indiferencia frente a hechos que se consideran menos importantes o que están incluidos de suyo en la causa o hecho principal; pueden significar error y por qué no también dolo o intención deliberada. Puede ser también desafío ante una forma de aplicación de la norma, etc. La expresión *qui tacet consentire videtur* puede decir mucho más que un discurso.

El silencio, universalmente hablando, puede producir valoraciones positivas o negativas. La connotación debe realizarse considerando las circunstancias que lo rodean.

El silencio es un hecho en el proceso de comunicación en el cual, junto con la palabra, no pueden ser considerados como opuestos, sino como componentes necesarios. La actitud del *tacet*, en el ámbito jurídico, no siempre va hacia la misma dirección, ya que el sistema de hablar o de no hablar, pueden ambos afirmar y negar. La interpretación jurídica debe considerar que, en sí mismo, el silencio, no dice o significa nada, si no está interpretado por otros signos que influyen en regularlos o considerarlos directamente acciones. De este modo habrá que diferenciar el silencio de los supuestos de manifestación tácita de voluntad, porque la conducta del que calla – si no está regulada contrariamente – tiene trascendencia jurídica cuando existen conflictos de intereses.

1. Basta como ejemplo, en el derecho canónico, lo que significa el valor del silencio administrativo, cf. cán. 57 § 2 y 268 § 1.

El ser humano puede expresarse a través del silencio. “El ser humano habla: hablamos despiertos y en sueños; hablamos continuamente; hablamos incluso cuando no pronunciamos palabra alguna². El silencio es una forma de mirar y ver al mismo tiempo: permite distinguir y discernir, hasta puede ser un método de conocimiento cierto. *De Boecio* es esta expresión: *intelligisne me ese philosophum? Intellegerem, si tacuisses*³.

Pero al hablar del problema jurídico del silencio, éste ha de ser entendido no solamente como la ausencia de palabras, oral o escrita, sino también como la ausencia de cualquier comportamiento formal que pueda deducirse una determinada manifestación de voluntad. Pero no siempre aplicable del mismo modo. En las Decretales, por ejemplo, se establecía el principio ya enunciado: *qui tacet consentire videtur*⁴, en cambio en el derecho romano clásico, se afirmaba *qui tacet, non ut iquefatetur; sed tamen verum estum non negare*⁵.

Basta un ejemplo utilizando esta contradicción: ¿cómo debería interpretarse, entonces, la ausencia de palabras o signos en la celebración del matrimonio de uno o de ambos contrayentes? Se establece una presunción de derecho que el consentimiento interno es conforme a lo que se emplea para manifestarlo⁶. Esta presunción puede discrepar en la realidad y por eso admite prueba contraria, se trata de *praesuntio iuris tantum*. El segundo párrafo del canon 1101 admite la simulación. Si tenemos en cuenta que vínculo matrimonial nace del pacto conyugal o consentimiento, éste es el elemento decisivo que causa su eficacia. Los requisitos externos son dos: la presencia en un mismo lugar de los contrayentes – por sí mismos o por procurador que los represente – y el empleo de una expresión inequívoca y válida para exteriorizar la voluntad⁷.

En este caso el silencio de palabras o gestos sería negativo de consentimiento. No serían válidas manifestaciones por carta y mensajes, redes sociales u otro medio de comunicación contemporánea. La sola presencia no puede considerarse como presunción de voluntad positiva. Es necesario que la exteriorización sea por palabra. Si el contrayente, por cualquier causa, le impide el habla o la expresión oral deberá hacerlo a través de señas inequívocas que rompan el silencio que condena el canon 1057. Si una o ambas partes callan manifiestan la voluntad negativa de contraer. Aquí el silencio es unívocamente sinónimo de “no”.

2. Cf. M. HEIDEGGER, *De camino al habla*, Barcelona 2002³, pág. 9.

3. *De Consolatione philosophie* 2,7.

4. Cf. Dec L. VI, c. 43.

5. D. 50.17.142

6. Cf. can. 1101 § 1

7. Cf. can. 1104.

Si el ser humano habla también con el silencio y esta es una verdad advertida, no está claro el signo de su significado por sí mismo. Son las circunstancias y las normas la que explicitan cada vez. En este ejemplo anterior la voluntariedad necesita de la manifestación sensible para el consentimiento eficiente. En otros casos el silencio se interpreta como afirmativo⁸.

II. EL SILENCIO EN LA HERMENÉUTICA DEL DERECHO

La hermenéutica jurídica se refiere a la interpretación del derecho, especialmente el de la norma. Interpretar es una actividad que consiste en establecer tanto el alcance como el significado de una norma, así también de su ubicación dentro de un ordenamiento jurídico. Comprender e interpretar los textos es una instancia primera en toda experiencia humana y de allí su innegable valor.

Etimológicamente proviene del griego *hermeneueien*, traduciendo a las lenguas latinas como “esclarecer”, “explicar”, “interpretar”, “traducir”. Según tradición atendida, la palabra deriva del dios *Hermes*, a quien se le atribuía el lenguaje, la palabra y la escritura como modo de comunicación humana. Hermes era el “heraldo de los dioses”, el que cruzaba las fronteras entre extraños y poseía un uso de elocuencia excepcional y al mismo tiempo una habilidad para transmitir los mensajes.

La hermenéutica jurídica con respecto al silencio indaga, en primer lugar, el “qué significa” aquella norma que podría regular un hecho concreto, preguntándose también qué significaría “no decir”, agudizando la necesidad de interpretación. Podría ser que ese silencio fuera, él mismo, generador de la norma.

Pero el silencio, también amplía el trabajo de discreción en la actividad judicial, especialmente en aquellos que solemos definirlos “como casos difíciles”. Estos casos autorizan a la potestad judicial a aplicar sus convicciones para solucionar algunas controversias⁹.

Si bien la filosofía del derecho no abarca específicamente a la hermenéutica propiamente dicha, lo hace, sin embargo, cuando considera acudir a los principios generales del derecho, a la jurisprudencia y al derecho comparado, al comprobar la ausencia o la falta de claridad de la norma. En el derecho canónico esto es de rigor, ya que la congruencia a la constitución, a la que se refieren los sistemas

8. Cf. can 268 § 1.

9. La dimensión carismática de la Iglesia, aunque inseparable de la dimensión jurídica, subordinada ésta a su fin sobrenatural, la *salus animarum* hace que, a veces, se transforme en una concepción funcionalista, únicamente de medio, y entonces el juez eclesialístico también debe apelar a la hermenéutica para mantener la equidad requerida.

estatales, es más bien difusa. La eclesiología a la que se hace referencia en el *ius canonicum*, está llena de interpretaciones consideradas razonables, como se ha visto a lo largo de la historia. Graciano lo constató y de ahí su Decreto *Concordia Discordantium Canonum*, ya que, aunque razonables, no dejan de ser algunas veces contradictorias. El discutido problema de la indeterminación del derecho en la norma hace necesaria la interpretación. Fuera de algunos casos concretos donde el silencio es expresamente considerado, la hermenéutica ayudará a entender cómo deberá interpretárselo: si como aceptación o como rechazo. Así, junto a cómo se ha interpretado su uso en distintos momentos, circunstancias, lugares y culturas, podrá determinarse también su valor.

III. EL SILENCIO EN LA REGULACIÓN JURÍDICA

En el uso del tiempo y de la palabra tiene autoridad sobrada la regla benedictina. Al caer el Imperio romano y ante las invasiones bárbaras, la única costumbre social y con ella las relaciones humanas que permanecieron en pie fueron las que regían en los monasterios. El día y sus horas fueron siguiendo el paso del *ora et labora*, y allí la palabra y su utilización tiene un lugar preponderante en el equilibrio entre hablar y callarse.

La palabra latina *taciturnitas* es el hábito de guardar silencio, discreción. Así el *taciturnus* es una persona callada, de pocas palabras, apacible, sosegado. En cambio, *taceo* es callar, no hablar, permanecer mudo, en silencio. *Silentium* es sinónimo de quietud, ocio; *sileo*, en cambio, es enmudecer, callar, no decir nada.

En la traducción monástica el silencio constituye un elemento de primera línea para la vida ascética y comunitaria¹⁰.

En el orden social hay momentos donde existen regímenes parciales de silencio, algunos obligados y otros protegidos. El mismo código social tiene modos de determinación en la importancia del silencio. También en las consecuencias del obrar moral.

En el derecho canónico existe un régimen de silencio obligado o compelido como por ejemplo el del sacramento de la penitencia, que afecta al que no puede descubrir al penitente, de palabra o de cualquier otro modo y por ningún motivo¹¹, y el cual se agrava con la pena máxima de censura¹² y, aunque no haya

10. Cf. Cap. 4 y 6 de la Regla benedictina, en D. HUERRES, *Breve comentario sobre la Regla de San Benito*, Zamora 1985, págs. 157-161.

11. Cf. can. 983 § 1

12. Cf. can. 1388.

peligro de quebrantar el sigilo, le está también mandado el silencio de casos conocidos solamente por confesión¹³. También el caso de las personas constituidas en dignidad a las que les prohíbe el uso para el gobierno exterior del conocimiento de pecados que haya adquirido en confesión el cualquier momento¹⁴. El intérprete de una confesión también está obligado al secreto¹⁵. Así también tienen esa obligación los profesionales, etc.

Se trata de un silencio obligado, pero también protegido. La protección del silencio es también jurídica como pudimos ver en los casos anteriores o en el derecho a no incriminarse, adoptado de alguna u otra forma en muchos sistemas jurídicos, también en el canónico.

El silencio siempre comunica algo que merece protección y de allí la reglamentación del silencio. En el mismo orden de cosas, la protección al silencio es la protección a la intimidad, un derecho que corresponde a la naturaleza humana y por eso es lícito iniciar acciones penales cuando lo viola *illegitime*¹⁶. Estamos inmersos en un profundo descenso de falta de intimidad. En el mundo mediático, el silencio que protege al pudor puede constituir una temática aterradora. Los sucesos de la telerrealidad es una prueba común de la reivindicación, en nombre de la información, de entrar al mundo de la intimidad y su debido silencio protector.

Regresando al mundo procesal, otra forma de regulación jurídica del silencio es la obligación que le corresponde a un tribunal de emitir el fallo correspondiente sin poder ampararse en el silencio, la falta de claridad o la insuficiencia normativa. La obligación le ordena al juez terminar con el litigio y rompiendo de ese modo el silencio con la sentencia¹⁷, aún en el caso en que la misma norma guarde silencio sobre el asunto determinado. La equidad y la analogía siempre están allí con implicaciones más amplias que el silencio mismo. Antes de la sentencia, al comienzo del proceso, si el juez ante quien se propone la demanda se abstiene de decidir durante un mes sobre su admisión o rechazo y tras instar de nuevo el actor, luego de diez días se produce ipso iure la admisión automática del libelo (canon 1506).

13. Cf. can. 984 § 1

14. Cf. can. 984 § 2.

15. Cf. can. 983 § 2.

16. De todo esto habrá mucho que decir sobre la información pública, y el “derecho” a “Dar a conocer lo que reclama”. Pienso ahora en la relación existente entre la publicidad excesiva de algunas reglamentaciones eclesíásticas otorgan al inicio de una investigación previa y el derecho a la buena fama que protege al indiciado (can. 1717 § 2), contienen, al menos, un delito contrario, la caridad ante una denuncia delictiva, y puede demostrar *injustitia ab initium* (can. 1717 § 1).

17. Cf. can. 1607.

En la canonística administrativa también hay regulación del silencio. El canon 268 § 1 describe el modo de realizarse la incardinación ipso iure de un clérigo contemplando tres casos en el derecho. Pero es en el primer caso, dónde el silencio tiene una interpretación positiva: “Canon 268 § 1. El clérigo que se haya trasladado legítimamente de la propia a otra Iglesia particular queda incardinado a ésta en virtud del mismo derecho después de haber transcurrido un quinquenio si manifiesta por escrito ese deseo tanto al Obispo diocesano de la Iglesia que lo acogió como a su propio Obispo diocesano, y ninguno de los dos le ha comunicado por escrito su negativa, dentro del plazo de cuatro meses a partir del momento en que recibieron la petición”. Así el plazo de los cuatro meses legales sumados a las otras condiciones requeridas en la norma supone aceptación tácita como efecto jurídico. Se trata de regulación y protección explícita del silencio.

IV. EL SILENCIO COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DEL DERECHO

Es imposible cultivar un arte sin disposición al silencio. Horas se necesitan para analizar las intenciones del pintor, observando una buena obra pictórica. La poesía sin silencio es un simple pasatiempo de letras. En la música importan tanto los sonidos como los silencios. Cuando se escucha una sinfonía, la atención se abre a cada nota, pero luego el silencio la deja pasar para escuchar a la siguiente. Algo similar sucede en el derecho: incluyendo palabras y silencios, tanto en su lenguaje como en su accionar habitual, teje su normativa.

El silencio y el tiempo van unidos en el ritual jurídico. Son inseparables.

El tiempo jurídico regula el silencio jurídico y se complementan *ad invicem*. Hablar a tiempo o a destiempo no es igual y no tienen el mismo efecto. El legislador canónico incluyó en la codificación de 1983 el instituto jurídico del “silencio administrativo”. El canon también 57 regula el silencio del superior, mientras que la ley lo prescriba, que se emita un decreto. El significado es relevante con presunción negativa y pasible de recurso.

El canon 57 es la mayor y más clara expresión de la relación tiempo y silencio jurídico. No es la única¹⁸. El silencio administrativo pasa a ser una *fictio iuris* de la disposición negativa porque, aunque distingue entre ambas, las equipara formalmente, dando por igual a lo que es diferente.

El derecho canónico no prevé como posible presunción al silencio positivo, es decir que una inaptitud prolongada, suponga aceptación formal, fuera de los

18. Véase el derecho que se otorga a un clérigo en la incardinación derivada implícita después de un quinquenio (can. 268).

casos expresamente normados. La practicidad del derecho hace que se abstenga de esta consideración porque las razones del silencio pueden ser de diversa índole. Si se tienen en cuenta los actos administrativos que van en bien del individuo o de la sociedad, el que emite un acto administrativo deberá tomarse un tiempo adecuado en el que deberá sopesar el bien general de la sociedad a la que sirve. La relación entre bien particular y bien general sincrónicas, lleva a la necesidad de una valoración no siempre rápida.

Toda la vida jurídica tiene sus obligatorios momentos de silencio, cuya infracción puede ocasionar consecuencias fatales. En el derecho procesal, por ejemplo, el cumplimiento de los plazos y su obligación de no interrumpirlos con palabras y escritos a destiempo; en la mediación donde el silencio es una estrategia donde muchas veces salva el controvertido; el derecho de no inculparse y permanecer sin palabras, etc. La efectividad del derecho consiste en que pueda cumplirse *quod iustum est*, operando no solamente con palabras. En un análisis jurídico, teniendo en cuenta su valor universal, no debería descartarse jamás la constitución del silencio en el derecho, siempre unido al factor del tiempo.

El adagio *lex ubi voluit dixit, ubi no luit tacuit*, es reconocido como inexacto y peligroso, entendido en términos generales. Me convenzo de que ningún intérprete fundará sobre él una demostración concreta y mucho menos podría elevarse a canon universal para interpretar el significado de todo ordenamiento jurídico.

V. EL SILENCIO Y EL TIEMPO EN EL DERECHO

Tiempo y silencio: silencio y tiempo. Se regulan *ad invicem* en el ordenamiento jurídico. Basta una muestra: *Videtur quiintra tempos non peregit*¹⁹.

La misma sociedad a la que se quiere proteger, pierde el equilibrio cuando después de tantos años recibe la noticia de un delito cometido otrora. La paz social o concordia no se establece siempre forzando cuestiones ocurridas de mucho tiempo atrás y quizá olvidadas. El escándalo que se desea reparar es, tal vez, inexistente en esos casos y se hace evidente y se establece abriendo casos olvidados. A veces tiene más semejanza a la venganza que a la justicia propiamente dicha. Este solo hecho puede concurrir a la mente y detenerse para observar la importancia que el tiempo tiene en el derecho.

Conocemos la experiencia que siempre la humanidad fue esclava del tiempo. En todo momento histórico se ha percibido su poderosa presencia, pero nunca

19. L. 6 § 2 ad *Setum. Turpill.*

pudo definirlo. San Agustín de Hipona, en el siglo IV, filosofaba: “Te confieso, Señor, qué sé lo que es el tiempo...¿Qué es el tiempo? Si nadie me lo pregunta lo sé, pero si deseara explicárselo a alguien que me lo preguntara está claro que no lo sé”²⁰.

Mil seiscientos años después Stephen Hawking²¹ sigue con sus dudas y deja el mismo interrogante.

Todos, sin embargo, han tratado de medirlo, de materializar su paso. Nuestros antepasados aprendieron a medir las horas, los días, los meses y los años. No es un secreto que la supervivencia fue uno de los incentivos para medir el tiempo. Se comenzó a hacerlo para saber cuándo había que plantar y cosechar y así poder nutrirse y sobrevivir.

Pero también es cierto que cuando empezamos a dividir el tiempo, éste, a veces, nos domina. “El hombre mide el tiempo y éste mide al hombre”, se suele decir refiriéndose al calendario, al reloj como medidor del tiempo²².

El tiempo es intrínseco a la naturaleza humana y a toda su realidad, también a la jurídica. No puede decirse que constituye un elemento externo y por ende accidental a los actos y hechos jurídicos. El tiempo humano se ve engrandecido por el pensamiento cristiano que le otorga también una visión soteriológica y otorga a la historia un decisivo destino para los hombres. De allí el interés que la doctrina jurídica, especialmente la canónica, otorga al tiempo, a los plazos y al

20. Cf. *Confesiones*, Lib XI, cap. 14.

21. Oxford, Inglaterra, 1942.

22. “Asesinato en la Catedral”, la obra teatral de T.S. Elliot, fue estrenada en Canterbury, en 1935. En esta obra describe la vida de santo Tomás Beckett, canciller de Inglaterra, y arzobispo de Canterbury. Amigo de Enrique II, por defender la fe y los derechos de la Iglesia, es asesinado por nobles enviados por el mismo rey, precisamente en la catedral de Canterbury, el 29 de diciembre de 1170. En la obra de Elliot, Beckett acepta – el verbo aceptar es singularmente activo – el destino que le espera, aunque debe pasar antes por el asalto de las tentaciones. En total son cuatro, pero nos interesa solamente la primera tentación. Es nuestro tema. Esa primera tentación – los deleites de todo tipo – asume el aspecto de un frívolo cortesano de sus tiempos juveniles. Él le trae a la memoria aquel “buen tiempo pasado”, “del viejo Tom, alegre Tom”, “Becket de Londres”, “cuando el rey, tú y yo éramos amigos”, y todo era disfrutar “buenos momentos”. Y ¿qué le propone ahora?: “¡Vuelve a la alegría!”, todo eso podría retornar si sabes aprovechar la buena disposición del rey. Pero Beckett rechaza esta irrealidad: “Has venido veinte años después” – le dice – “En la vida del hombre, jamás el mismo tiempo vuelve”. Claramente Beckett ve que esa fantasía interfiere en el momento actual. Elliot pone en sus labios la siguiente frase: “Vete sola, fantasía del tiempo primaveral, tal como un pensamiento se va silbando con el viento. Lo imposible... Voces dormidas, despertando un mundo muerto, para que la mente no pueda estar toda entera en el presente”. La tentación de “la vuelta atrás” constituye una constante atracción ilusoria para recuperar lo anterior, desconociendo los tres pasos inexorables: el pasado, el presente y el futuro.

curso del proceso mismo, ya que muchas veces afectan a la validez de los actos jurídicos.

En el derecho penal, el paso del tiempo hace desaparecer la memoria de los hechos causando el daño social y el escándalo, cuya reparación constituye el fin de la pena. Además, después de largo tiempo, la prueba del delito y la defensa del acusado, encuentran dificultades intrínsecas. Podría ocurrir así la condena de un inocente porque no puede, por razón del tiempo, demostrar su inocencia. Por eso, acudiendo a un ejemplo del derecho penal, aunque considerando la malicia de muchos comportamientos que conllevan a particular escándalo, es necesario ponderar con prudencia aquellos testimonios de los hechos principales que el paso del tiempo suele desfigurar²³. Davide Cito recuerda que existen también otras teorías a tener en cuenta, como la “teoría de la enmienda” que presume que el reo en el transcurso del tiempo haya revisado su comportamiento o que durante ese lapso haya expiado la culpa en el remordimiento del mal cometido (“teoría de la expiación indirecta”); y otras que ligan el menor interés que constituye perseguir delitos que pasaron hace mucho tiempo. Todo esto se considera en los casos contemporáneos en derecho penal de un estado²⁴. En el ámbito canónico Wernz, Lega y Roberti, concuerdan y agregan motivos para adoptar la prescripción, por razón de tiempo transcurrido en el ámbito canónico²⁵.

Por otra parte, para verificar de la veracidad de los hechos se exige una acción en el menor tiempo posible, garantizando siempre con los elementos esenciales del derecho, el justo proceso, teniendo en cuenta el principio *quam primum, salva iustitia*²⁶.

Otras circunstancias, previas y fuera del derecho penal, como por ejemplo la entrada en vigor de una ley, los plazos, la consideración del comienzo del uso de la razón o la mayoría de edad, el uso de las costumbres, la prescripción, etc., deben tener una regulación especial al medir el tiempo²⁷.

En el derecho canónico se hace una distinción entre tiempo continuo y tiempo útil. Se llama tiempo continuo al “fenómeno temporal considerado en su

23. Recomendando especialmente el artículo de D. CITO, *La prescrizione in materia penale en “Processo penale e tutela dei diritti nell’ordinamento canonico”*, Milano 2005, págs. 209-233.

24. Cf. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, III, Torino 1934, págs. 425-427. Citado por D. CITO, *Ibid.*

25. F. X. WERNZ, *Ius Decretalium*, V-2, Roma (1906-1914) pág. 6; M. LEGA, *Praelectiones in textum iuris canonici de iudiciis ecclesiasticis*, IV, Roma (1989-1905) págs 252-253; F. ROBERTI, *De Processibus*, T. I, Roma 1956, pág. 605. También citados por el profesor D. Cito en su artículo *supra*.

26. Cf. can. 1453

27. Cf. A. BUNGE, *Las claves del Código*, Buenos Aires 2006, págs. 347-451.

naturaleza objetiva o como dimensión física²⁸. El Código de derecho canónico lo define como “aquel que no admite ninguna interrupción”. Se cuenta de un momento a otro. En cambio, se llama tiempo útil²⁹ al “que concierne a quien usa o reclama su derecho, de tal manera que no corre para quien ignora o no puede reclamar³⁰. En este último caso el tiempo se considera en relación con los intereses del que obra para que el tiempo no transcurra si el agente no puede o no conoce que tiene que actuar para conseguir o ejercitar el derecho que le pertenece.

Como bien puede notarse la distinción entre “continuo” y “útil”, en la forma de entenderlo, denota que en este último existe un uso de un instrumento jurídico a favor del que obra.

Existe también una categoría llamada *tempus intermissum* o tiempo suspendido que implica una situación en la que el tiempo se cuenta en unidades, como en el tiempo útil, pero cada una de ellas puede estar formada por tiempo útil o continuo.

La importancia del tiempo se nota en las minucias a las que lleva la ley cuando se trata de medirlo. *De temporis supputatione* constituye un capítulo importante en las normas generales del derecho. Se considera la duración legal en las diversas partes del tiempo distinguiendo entre días, semanas, meses y años, determinando el momento *a quo* que ha de empezarse a contar, tomando el día como unidad y las demás partes del tiempo según están en el calendario. Se establece también los principios generales para computar los plazos del tiempo: el *dies a quo* y *dies ad quem*³¹.

En el campo jurídico, el silencio, tiene mucho que decir y, en gran parte, inseparable del tiempo.

VI. LAS LACUNA IURIS Y EL SILENCIO

Las *lacuna iuris* son de algún modo silencios de derecho en una cuestión determinada.

Ninguna ley concreta puede tener detrás de ella a todos los derechos que la realidad de la vida continúa poniendo en primer plano, siempre de modo diferente. Los jueces ven cada día pasar delante de sí una serie de situaciones diferentes

28. E. G. SARACENI, Diccionario General de Derecho Canónico, vol VII, Pamplona 2012, pág. 583.

29. Cf. can. 201 § 1.

30. Cf. can. 201 § 2.

31. Cf. cáns. 202 y 203.

unas de otras y no todas pueden regularse por el derecho usual. En estos casos, el derecho natural actúa como fuente subsidiaria o suplementaria, es decir, como medio para integrar un sistema y colmar las inevitables lagunas.

Para resolver lo que los juristas suelen llamar *lacuna legis* es necesario aplicar el método de la analogía de la ley, que las resuelve con la búsqueda de los principios no escritos. Esto suceden todos en los casos en que la ley atribuye un “poder discrecional al juez”, y que se usa concretamente aplicando la prudencia al derecho – *iurisprudentia* – que no es otra cosa que la nobleza de la función judicial que pone en acto lo abstracto y la potencia de la ley.

Esa prudencia debe provocar la equidad, es decir, aquello que es justo más allá de lo que está escrito o determinado, para poder dar solución a un hecho sobre el cual no existe la regulación perfecta en una ley escrita. Los juristas romanos, en sus sentencias, recurrían a menudo a la *aequitas* o al *ius naturale* o a la *humanitas* y a la *benignitas* como temperancia y limitación de la de la uniformidad del derecho positivo, para que el derecho que se aplicaba no resultara inhumano, cruel o equivocado. De allí, el aforismo antiguo *summum ius, summa iniuria*.

En muchos casos, el juez era invitado por la ley misma a decidir sobre la base de la equidad o de la justicia en el caso concreto. Esto se verificaba, por ejemplo, en las *actiones in aequum iudici videbitur* u otra similar. El juez era así llamado a decidir *praeter legem* acerca de casos que no podrían juzgarse por reglas comunes o ya establecidas, porque, de otro modo, se hubieran expuesto a no poder ser juzgadas.

Esto sucede también ahora en el derecho y en los procedimientos penales canónicos, en los cuales se deja al juez la determinación concreta de la pena: *iusta poena punire potest* o manda *iusta poena puniatur*. También cuando se le concede al reo una pena regulada entre el máximo y el mínimo fijado por el legislador. La evolución jurídica, con la legislación escrita, trata de fijar toda la parte del derecho que sea posible, pero tiene que dejar una gran parte a la conciencia moral del que está llamado a juzgar, ya que existen a veces más excepciones que reglas. No todo puede adecuarse con regulaciones fijas, rígidas, cristalizadas, como lo son todas y cada una de las normas del derecho positivo.

Ninguna impostación legislativa puede impedir o quitar al juez la facultad de juzgar, en determinados casos, según la razón jurídica natural, es decir, según su propia conciencia, que es un presupuesto de fundamento intrínseco del derecho. Ya Aristóteles, desde su constatación de que no existe derecho positivo perfecto, había acudido al principio de “equidad” como una apelación a lo que es justo más allá de la ley escrita. La ley es norma general, por eso presenta necesariamente imperfecciones, no pudiendo adaptarse en todos los casos a la vida práctica. La equidad exige la superación de las imperfecciones del derecho “formal” mediante el contenido del derecho “natural”.

En el ámbito del derecho canónico estos principios tienen aplicación continua, mayormente en el campo del derecho procesal, sobre todo en algunos procesos especiales y, fundamentalmente, como ya se ha dicho, en el penal³².

Por lo dispuesto en el canon 19, no son objeto de analogía las normas penales; en consecuencia, no se podrá aplicar una pena a un caso delictuoso o distinto al previsto de la ley o del precepto. Por lo tanto, si es necesario, aplicar una pena en ese contexto se acudirá a un solo principio general: *in dubio pro reo*. La exigencia de certeza del derecho y la disciplina eclesiástica están en el sistema penal canónico teniendo en cuenta la finalidad, es decir, la *salus animarum*. El canon 1313§1, es una excepción al principio jurídico que toda ley posterior deroga la anterior contraria³³, como consecuencia del principio general recordado anteriormente. Debe tenerse en cuenta que la ley más favorable al delincuente no siempre coincide con aquella pena que ordene una pena más suave. La ley que contiene un castigo más severo pudiera exigir pruebas o requerimientos más exigentes que la otra y, si se aplicara la más severa, el delincuente podría quedar absuelto o, en el peor caso, recibir por el bien común, lo que rescibe el can. 1348. De todos modos, siempre son notorios los casos donde el principio general subsidia no sólo las *lacuna iuris*, sino también algunas situaciones difíciles de la aplicación de la ley.

La existencia de una “laguna” comporta ausencia de “completitud” que demuestra la existencia de algunos silencios en el ordenamiento legal, ya sea porque no existe ley o porque hay ausencia de adecuación de un ordenamiento a un parámetro de valoración de la norma. En el derecho canónico, muchas veces se recurre al derecho divino para subrayar una mayor vinculariedad o rigidez de un precepto concreto respecto a otros, pero eso no comporta la absoluta inmovilidad o derogabilidad, como ocurre, por ejemplo, con el canon 1075§1: “Compete a modo exclusivo a la autoridad suprema de la Iglesia declarar auténticamente cuándo el derecho divino prohíbe o dirime el matrimonio”.

“Aclarar” o “especificar” es algo implícito formalmente en el derecho divino. Romper el silencio con la palabra explicativa no está prohibido. El canon 16§2, a propósito de la hermenéutica legislativa, puede ayudar a comprender el subsidio del Magisterio, aún en las “lagunas” del derecho divino en los casos declarativos.

En el canon 19 expresa: “Cuando, sobre una determinada materia, no exista una prescripción expresa de la ley universal o particular o una costumbre, la causa, salvo que sea penal, se ha de decidir atendiendo a las leyes dadas para los casos semejantes, a los principios generales del derecho aplicados con equidad

32. Cf. can. 19.

33. Cf. can. 20.

canónica, a la jurisprudencia y práctica de la Curia Romana, y a la opinión común y constante de los doctores”. Sin dudas es el reconocimiento de la experiencia jurídica de la Iglesia en la *sentencia doctorum* que, aunque para ser admisible deben ser llenas de pasado común y constante y normativa invariable y demuestra que el silencio jurídico y la laguna del derecho están intrínsecamente ligadas. La recurrencia al *sensus fidelium* y a la *epikéia* presume la existencia de un silencio ante algunas obligaciones a seguir por la sociedad eclesial.

VII. EL SILENCIO DE LA LEY Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Cada jurista se encuentra, a menudo, obligado por las normas particulares, por la materia empírica o por las simples disposiciones legislativas, a ascender a los principios generales que le han dado vigor a esas normas. Ellos, aunque no sean expresamente formulados, deben retenerse como parte del sistema jurídico positivo.

Esta necesidad se debe a la falta de la “determinación jurídica”, que es en la que se ven los límites propios de la positividad del derecho. El orden positivo no es la única manifestación del derecho. Cuando las normas particulares faltan, bien porque el legislador no las previó en ciertos casos contingentes o porque, a pesar de haberlas previsto, ha dejado deliberadamente regularlas, aparece manifiesta la necesidad de recurrir a aquellos principios naturales de la razón que constituyen las bases necesarias para toda relación humana y social. Una ausencia de determinación jurídica bien puede explicar un silencio, una palabra no expresada, un gesto de taciturnidad jurídica.

Se llaman principios generales del derecho a las líneas fundamentales que dan razón de las soluciones ofrecidas por las normas jurídicas, detectadas como fruto de una elaboración intelectual que aplique en forma correcta un método sistemático. Pero, el punto de inicio no es, de modo alguno, datos del derecho positivo, sino que han de entenderse como derivados del derecho natural. Algunos de ellos pertenecen a la tradición canónica clásica pero la mayoría deriva del derecho romano³⁴. No debe descartarse el aporte de otros ordenamientos jurídicos que coinciden con el de la Iglesia.

El recurso a los principios generales demuestra que el legislador tuvo conciencia de la necesaria limitación de sus determinaciones jurídicas, es decir, de la

34. Una buena colección de estos principios generales del derecho, se encuentra perfectamente ordenadas por materias, en *Regulae iuris* (2000 reglas del derecho, con indicaciones de las fuentes y reproducida de célebres comentadores bajo la dirección de L. DE MAURI, Milano 1993, pág. 11.

propia positividad del derecho frente a una inextinguible fuente, que es la naturaleza³⁵. El derecho de un pueblo es la expresión particular de las exigencias universales de la naturaleza humana y, por lo tanto, una especificación de algo más general y más profundo. Donde las formulaciones particulares no bastan es necesario recurrir a las raíces mismas del sistema, que es la razón humana, aquello que Cicerón llamaba *naturalis ratio*. Pero siempre que esa razón esté iluminada por los primeros principios del orden moral o sindéresis.

Si en la estructura concreta del derecho positivo existen restricciones o alteraciones más o menos significativas de estos principios, no por éstos pierden todo el valor que poseen en el orden positivo. Por el contrario, conservan siempre una mediata aplicación, ya que las modificaciones y evoluciones se realizarán siempre según los principios inherentes a la naturaleza de las cosas³⁶.

Bien sabe que cuando existe la suplencia de una norma no se trata de confeccionar una, sino de “dirimir”, interviniendo para buscar una solución al silencio. Sin dudas que los más obligados a realizarlo son los jueces porque están obligados a dictar sentencia³⁷, pero los principios generales del derecho también sirven para la hermenéutica jurídica cuando abundan normas pero que, en su conjunto, no surge la posibilidad de aplicación a ese caso. Se trata del resultado de un proceso analógico en base a materias semejantes. Son “principios” y siempre resultan útiles para llenar los espacios del silencio legislativo tanto en la suplencia de la ley como en la aplicación de la misma.

Hay otros modos de suplir los “silencios de la ley como la jurisprudencia y *praxis* de la Curia Romana, como ya se ha señalado y, por qué no, de las Curias diocesanas (mientras no contradigan a la primera) en cuestiones del derecho particular, pero ya están incluidas en referido canon 19 y no es innecesario explicarse ahora sobre la misma.

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Los conceptos de este artículo no pretenden ser concluyentes. Son apenas algunas reflexiones sobre la relación silencio y derecho. El fenómeno del silencio y su interpretación plantea siempre un problema *in genere* fuera de los

35. Es notorio cómo las *Regulae iuris*, de Bonifacio VIII, que conserva entre ellos gran parte de estos principios generales del derecho, han servido a la legislación eclesiástica – y también a la civil – para recordar a la naturaleza como fuente del derecho mismo, cf. A. D. BUSO, *La Iglesia y la comunidad política*, Buenos Aires 2000, págs. 80-87.

36. Cf. A. D. BUSO, *El derecho natural y la prudencia jurídica*, Buenos Aires 2015, pág. 2.

37. Cf. can. 1607.

casos regulados por la ley, la costumbre o una jurisprudencia consolidada. En el derecho romano hay una interpretación variada. Ya hemos visto la sentencia de Paulo “quien calla no dice nada, ni afirma ni niega”³⁸ y la de Bonifacio VIII “el que calla otorga”³⁹ pero que también canoniza la sentencia contraria de Paulo en acto segundo⁴⁰.

Ambas reglas fueron acogidas en el derecho canónico clásico y de allí pasaron al Derecho común y al Derecho actual. Demuestra, sin dudas, que el silencio, antes que un acto jurídico, es un hecho en el proceso de comunicación humana, donde la palabra y el silencio no pueden explicarse como conceptos opuestos. Es la conducta humana, a la que el ordenamiento atribuye efectos jurídicos, y demuestran la importancia del habla en el campo del derecho.

El silencio como actitud gestual es, de suyo, de significado incierto, tal vez ambivalente, como tantas otras actitudes humanas. Pero el silencio, especialmente considerado, pertenece al sistema del habla y necesita la dirección concreta de su sentido de otras fuentes que lo acompañan. Es lo que se conoce como la anfibiología del silencio. En el caso de la práctica del derecho será necesario siempre observar la propia interpretación del signo que otorga la circunstancia y la norma sobre las circunstancias concretas del caso.

Est tempos quando nihil, est tempos quando aliquid, nullum tamen est tempus in quo dicenda sunt omnia.

38. *Qui tacet non etique fatetur, sed tamen rerum est non negare.*

39. *Qui tacet consentire videtur.*

40. Bonifacio VIII, encargó a una Comisión reunir los textos legislativos promulgados después de 1234, fecha de las Decretales de Gregorio IX. Al libro se le conoce con el nombre de *Liber sextus*. Allí a los 76 títulos, se le agregó las breves fórmulas del decreto clásico, llamadas *Regulae iuris*.